

DANYELLE DA SILVA GALVÃO

Precedentes Judiciais no Processo Penal

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

DANYELLE DA SILVA GALVÃO

Precedentes Judiciais no Processo Penal

Tese de doutorado (versão corrigida) apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de doutora em Direito, na área de concentração de Direito Processual, sob orientação do Prof. Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Galvão, Danyelle da Silva

Precedentes judiciais no Processo Penal / Galvão, Danyelle da Silva ; orientador Prof. Associado Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró -- São Paulo, 2019.
220p.

Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Processo Penal. 2. Decisões judiciais. 3. Precedentes judiciais 4. Efeito vinculante dos precedentes judiciais. I. Badaró, Prof. Dr. Gustavo Henrique Righi Ivahy, orient. II. Título.

A Banca Examinadora, abaixo assinada, aprova a Tese

Precedentes Judiciais no Processo Penal

elaborada por

DANYELLE DA SILVA GALVÃO

como requisito parcial para a obtenção do grau de

DOUTORA EM DIREITO PROCESSUAL

BANCA EXAMINADORA:

AGRADECIMENTOS

##

Há quem diga que um trabalho de Doutorado é um esforço individual. Eu não concordo. Sentar, ler, estudar e escrever realmente foram tarefas da aluna. Mas eu não escrevi este trabalho apenas com este esforço solitário. Muito pelo contrário. O Programa de Doutorado, pelo menos o meu, foi feito com *gente*. Posso dizer que sou privilegiada neste sentido. Muitas pessoas encheram a minha vida de alegria, amor, carinho, entusiasmo e uns “puxões de orelha” durante este período.

Imagino que todas essas pessoas saibam a importância das suas presenças na minha vida. Mesmo assim, é importante agradecê-las formalmente, para que jamais esqueçam. Vocês tornaram este trabalho possível, estes anos incríveis e me fizeram uma pessoa melhor.

É verdade que me disseram para desistir do processo seletivo do Mestrado, ainda em 2007, porque a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco não aceitaria uma “estrangeira” formada em uma universidade particular de fora de São Paulo. Logo no primeiro dia de aula, já como aluna, tive certeza de que isto não era verdade. Confirmei isto, ainda com mais vigor, ao longo do Doutorado. As Arcadas não só me acolheram, como mudaram a minha vida.

Este trabalho não seria possível sem a orientação segura do professor Gustavo Badaró, que me acompanhou durante o Mestrado e me aceitou no Doutorado, com gentileza, educação, paciência e inteligência únicas. Um verdadeiro mestre incentivador. Obrigada pela vaga, pelas aulas, pelas discussões para mudança do enfoque do tema da tese, por todas as considerações feitas no estudo e pela compreensão. Serei eternamente grata, mesmo sabendo que estas palavras são poucas e rasas para representar a minha gratidão.

Meus agradecimentos também a todos os professores do Programa de Pós-Graduação, em especial, José Rogério Cruz e Tucci, Antonio Magalhães Gomes Filho, Marta Saad, Heitor Sica e Susana Henriques da Costa. Além das aulas de todos e dos apontamentos feitos na banca de qualificação feitas por José Rogério Cruz e Tucci e Marta Saad, todas as conversas com estes professores ajudaram a construir o que hoje sou como aluna. Aos professores José Rogério Cruz e Tucci e Fredie Didier Júnior, pela gentileza de abrirem as portas das suas bibliotecas pessoais para que eu pudesse pesquisar sobre o tema. E a Aurélio Ribeiro dos Santos, responsável pela Biblioteca Circulante

desta Faculdade, pela paciência em procurar comigo os livros e artigos no sistema e na estante, mesmo quando os exemplares eram de outro local.

Agradeço a minha família por me apoiar em todas as horas, por entender a (dolorida) distância e segurar a saudade pela ausência de convívio. Obrigada por sempre perguntarem como estavam os estudos, mesmo tendo que escutar as minhas falas sobre temas tão distantes das suas realidades. Agradeço especialmente ao meu pai, Luiz Fernando Galvão, meu irmão Gustavo da Silva Galvão e a minha avó Elza Klas Galvão. Cada um, do seu jeito, é um exemplo a ser seguido. Vocês fazem toda a diferença na minha vida.

Eu rezei pedindo proteção e forças a Deus, São Francisco, Nosso Senhor do Bonfim e Nossa Senhora de Fátima. Tenho certeza que ouviram as minhas preces e me guiam todos os dias, talvez porque foram reforçadas pelas orações feitas pela minha avó Elza, minhas amigas Nathália Cassola Zugaibe, Marília Siqueira e Maria Célia Nogueira Pinto e Borgo, presentes que a Pós-Graduação me deu para a vida toda. Não há palavras para agradecer este ato de carinho.

Agradeço a Júlio Jacob Júnior por ficar ao meu lado na maior parte desta caminhada, apesar dos meus insistentes pedidos de ficar sozinha para estudar.

Como eu disse, meu Doutorado foi feito com *gente*. Fiz (ou reconheci, como diz o poeta Vinícius de Moraes) muitos amigos neste período. Muitas pessoas me ajudaram dando ou emprestando livros, indicando materiais, dividindo mesas de estudo e lamentações, mas sempre mantendo a amizade e o carinho mesmo quando eu insistia que não poderia vê-los. Algumas merecem especial destaque.

Ao quarteto Sarah Merçon-Vargas, Thiana Cabral, Marília Siqueira e Tagie Assenheimer, só tenho a dizer que minha casa, minha vida e meus braços estarão sempre abertos para recebê-las. Obrigada pela amizade, pelas conversas e pelas palavras de incentivo e de preocupação. Vocês não sabem a importância que têm para mim!

Aos queridos Hélio Peixoto Júnior e Nathália Zugaibe, com quem tive a honra de dividir a orientação do Professor Gustavo neste período, agradeço pela simplicidade no convívio, companheirismo, parceria e amizade. Tenho vocês dois como exemplos de dedicação. Muito obrigada!

Aos grandes amigos Décio Alonso Gomes e Ezikelly Barros que, mesmo longe, sempre quiseram saber sobre o andamento das pesquisas e a evolução do

trabalho. Agradeço pela preocupação e pelo carinho, muito bom ter vocês como amigos fiéis.

À Lia Carolina Batista e Bruna Braga da Silveira pelo incentivo, também exemplos de dedicação (e de cuidado com o outro) que, além de amigas para toda a vida, são pessoas incríveis que todo mundo deveria conhecer.

A Wálter Nunes agradeço por tudo e mais um pouco. Obrigada por acreditar, pelo colo, paciência, atenção, carinho, mas principalmente por me deixar gostar de você. Obrigada por não me deixar fraquejar sempre lembrando que, como disse a mãe do Mujica, “só é derrotado quem desiste”. Obrigada por ser mais do que parte deste trabalho, por ser parte da minha vida. Mas além de agradecer, eu tenho que te pedir desculpas por muitas coisas, mas especialmente pela minha injustiça. Compreendi, a duras penas e talvez tarde demais, que decorreram de um medo “sem precedentes”.

Aos amigos da Faculdade pela parceria e, sobretudo, pela amizade: Ana Carolina Carlos de Oliveira, Andrey Borges de Mendonça, Conrado Corrêa Gontijo, Daniel Miranda, Débora Motta, Elie Eid, Giovani Ravagnani, Guilherme Peloso Araújo, João Paulo Hecker, Joel Fraporti, Lucas Bupil, Marcelly Ferreira Rodrigues, Rafael Ribeiro Rodrigues, Ricardo Lobo e Rossana Brum Leques.

Aos amigos “de fora”, mas não menos importantes, pelas mesmas razões, todas as minhas parceiras de “Banga”, minha equipe do escritório, os amigos Ana Beatriz Camargo, André Tesser, Alexandre Sinigalia, Cristina Marchand Rocha, Eduardo Ferreira da Silva, Ezikelly Barros, Heloísa Estelitta, Leandro Raca, Mariana Madeira, Mariana Mieko Takemoto, Pierpaolo Cruz Bottini, Rodrigo Sanchez Rios, que carinhosamente sempre perguntavam como eu estava e queriam me dar atenção mesmo quando eu sumia.

A todos que verdadeiramente torceram para que eu acabasse de escrever esta tese, dedico os versos de um samba que eu gosto muito:

*“A amizade
Nem mesmo a força do tempo irá destruir
Somos verdade
Nem mesmo este samba de amor pode nos resumir.”*

(Fundo de Quintal, *A Amizade*, 1991).

*Ao meu pai, o ser humano mais incrível
que eu conheço.*

“Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt.”

Voto dos Juízes da Suprema Corte Americana:
O’Connor, Kennedy e Souter em
Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedentes judiciais no processo penal*. 221p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo – USP. São Paulo, 2019.

RESUMO

O precedente judicial, entendido como a decisão passada utilizada em casos futuros, é tradicionalmente utilizado em sistemas jurídicos de *common law*, mas vem ganhando maior importância nos países de *civil law*, como o Brasil, devido a uma aproximação entre os sistemas. O Código de Processo Civil, em 2015, estabeleceu novo tratamento legislativo ao precedente judicial com o objetivo de reduzir os contrastes de entendimentos nos tribunais e manter a estabilidade da jurisprudência. Para tanto, dispôs expressamente que os tribunais têm o dever de coerência, integridade e estabilidade, além de elencar que algumas decisões judiciais são de observância obrigatória. São elementos do precedente judicial, encontrados na motivação da decisão judicial, a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*, compreendidos, respectivamente, como a razão essencial de decidir ou a tese jurídica usada para solucionar o caso concreto e a argumentação marginal, não essencial, prescindível para o deslinde da controvérsia. São técnicas de aplicação e superação do precedente judicial o *distinguishing* e o *overruling*, que permitem que não haja um engessamento do Direito. No Processo Penal brasileiro, não há tratamento legal específico sobre a matéria, mas a tutela da liberdade individual, a previsão do art. 3º do Código de Processo Penal, a busca pelo tratamento igualitário do jurisdicionado e a redução dos contrastes na jurisprudência justificam a utilização das disposições do Código de Processo Civil, de 2015, para também adotar um sistema de precedentes judiciais. Isso, porém, não basta, sendo imprescindível analisar se todas as decisões listadas no art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015, são de observância obrigatória no Processo Penal ou se se enquadram no conceito de precedente judicial. Além disto, discutir a importância da observância do contraditório mediante o amplo debate e possível participação de *amicus curiae* e a motivação das decisões judiciais qualificadas, tudo com a finalidade de estabelecer diretrizes para a adoção do *stare decisis* no Brasil, de acordo com as peculiaridades locais. E, por fim, analisar a criação de tipos penais pela jurisprudência e a (ir)retroatividade dos precedentes judiciais e o cabimento de revisão criminal para garantir tratamento igualitário aos jurisdicionados.

Palavras-chave: Processo Penal. Decisão judicial. Precedente judicial. Tribunais. Precedente vinculante. *Distinguishing*. *Overruling*.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Legal precedents in the Criminal Procedure*. 221p. Thesis (Doctorate in Procedural Law) – Department of Procedural Law, Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo – USP. São Paulo, 2019.

ABSTRACT

Legal precedent (i.e. past decisions that establish a principle for later cases) has been traditionally used in common law systems, but is growing in importance in civil law countries like Brazil as the gap between the two systems gradually narrows. In 2015, the Civil Procedure Code of Brazil provided for a new treatment of precedent in Brazilian law with a view to reducing conflicting court interpretations and ensuring the consistency of our case law. To this end, the code provides that courts have a duty of coherence, integrity and consistency and lists a number of decisions as obligatory. The *ratio decidendi* (i.e. the essential reason to decide or the legal thesis used to resolve any given case) and the *obiter dictum* (i.e. nonessential, marginal argument which is immaterial to the dispute resolution) are both elements of the legal precedent and serve as a basis for the final ruling. Distinguishing and overruling, in turn, are techniques used to apply or supersede the legal precedent in order to ensure a certain degree of flexibility. The matter is not specifically covered in Brazilian criminal law, but the individual freedom remedy, the provisions of article 3 of the Code of Criminal Procedure, the search for fair treatment of the person subject to the jurisdiction of any court and for reducing conflicts in case law all warrant the application of provisions of the 2015 Code of Civil Procedure to a legal precedent system in criminal law. However, this is not enough as it is essential to examine whether all decisions listed in article 927 of the Code of Civil Procedure (2015) are obligatory in light of criminal procedure or fit the concept of legal precedent. In addition, the importance of the adversary principle, the possibility of *amicus curiae* as a form of assistance and the motivations for qualified legal decisions, must all be broadly discussed, with a view to setting guidelines for the adoption of *stare decisis* in Brazil according to local specificities. Finally, the creation of a list of types of crime in keeping with case law, the retroactivity (or not) of legal precedent and the entitlement to criminal review must also be contemplated to ensure fair treatment to all parties.

Key words: Criminal Procedure. Judicial decision. Precedent. Courts. Biding precedent. Distinguishing. Overruling.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Precedenti legali nella procedura penale*. 221p. Tesi (Dottorato in Diritto Procedurale) – Dipartimento di Diritto Procedurale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo – USP. São Paulo, 2019.

SOMMARIO

Il precedente giudiziale, inteso come l'ultima decisione utilizzata in casi futuri, è tradizionalmente utilizzato in sistemi giuridici di *common law*, ma sta ottenendo maggiore importanza nei paesi di *civil law*, come il Brasile, a causa di un approccio tra i sistemi. Il Codice di Processo Civile nel 2015 ha stabilito un nuovo trattamento legislativo al precedente giudiziale, con l'obiettivo di ridurre i contrasti di comprensioni nei tribunali e mantenere la stabilità della giurisprudenza. A tal fine, ha espressamente previsto che i tribunali hanno il dovere di coesione, di integrità e di stabilità, oltre a dichiarare che alcune decisioni giudiziali sono di osservanza obbligatoria. Sono elementi del precedente giudiziale, trovati nella motivazione della decisione giudiziale, la *ratio decidendi* e l'*obiter dictum*, intesi rispettivamente come la ragione essenziale per decidere o la tesi giuridica usata per risolvere il caso concreto e l'argomento marginale, non essenziale, prescindibile per chiarimento della controversia. Sono tecniche di applicazione e superamento di precedenti giudiziali il *distinguishing* e l'*overruling*, che permettono che non ci sia una rigidità del diritto. Nel processo penale brasiliano, non esiste un trattamento giuridico specifico in materia, ma la tutela della libertà individuale, la disposizione dell'art. 3 del Codice di Procedura Penale e la ricerca della parità di trattamento di chi è sotto giurisdizione e la riduzione dei contrasti in giurisprudenza, giustificano l'utilizzo delle disposizioni del Codice di Procedura Civile / 15 per adottare anche un sistema di precedenti giudiziali. Tuttavia, questo non è sufficiente, essendo essenziale lo studio se tutte le decisioni elencate nell'art. 927 del Codice di Procedura Civile / 15 sono di osservanza obbligatoria nel procedimento penale o se rientrano nella nozione di precedente giudiziale. Inoltre, discutere l'importanza dell'osservanza del contraddittorio, attraverso l'ampio dibattito e la possibile partecipazione di *amicus curiae*, e la motivazione delle decisioni giudiziali qualificate, tutto con lo scopo di stabilire linee guida per l'adozione di *stare decisis* in Brasile, secondo le peculiarità locali. Ed infine, analizzare la creazione di tipi criminali per la giurisprudenza e la (ir) retroattività dei precedenti giudiziali e la fornitura di riesame penale per garantire parità di trattamento di chi è sotto giurisdizione.

Parole chiave: Procedura Penale. Decisioni Giudiziali. Precedente. Cortes. Precedente vincolante. *Distinguishing*. *Overruling*.

LISTA DAS SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IAC	Incidente de Assunção de Competência
NUGEP	Núcleos de Gerenciamento de Precedentes Judiciais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1 PREMISSAS SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS	27
2 PRECEDENTES JUDICIAIS: BREVE CONCEITUAÇÃO	35
2.1 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, PRECEDENTE JUDICIAL: DISTINÇÃO NECESSÁRIA.....	37
2.2 RAZÕES PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL.....	41
2.3 OS EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: VINCULANTE E PERSUASIVO.....	49
2.4 A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE.....	54
2.5 <i>RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM</i>	57
2.6 DECISÕES JUDICIAIS NÃO MOTIVADAS E A RELAÇÃO COM PRECEDENTES JUDICIAIS – ANÁLISE DO ART. 489, § 1º, INCS. V E VI, DO CPC, DE 2015.....	61
2.6.1 Decisão que se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente judicial (art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015)	63
2.6.2 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente judicial invocado pela parte (art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, de 2015)	66
2.7 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.....	70
2.7.1 <i>Distinguishing</i> como técnica de confronto e aplicação dos precedentes judiciais.....	71
2.7.2 <i>Overruling</i> como técnica de superação do precedente.....	75
3 DEVERES DE COERÊNCIA, ESTABILIDADE, PUBLICIDADE, INTEGRIDADE E UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – APONTAMENTOS SOBRE O ART. 926 DO CPC, DE 2015	79
4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL	86
4.1 PRECEDENTES JUDICIAIS E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA PUBLICIDADE.....	92
4.2 AS DECISÕES DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO PROCESSO PENAL.....	100
4.2.1 Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade	100
4.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR	106
4.2.3 Incidente de Assunção de Competência – IAC	130
4.2.4 Recursos Especial e Extraordinário repetitivos	142

4.2.5	A orientação do plenário ou do órgão especial dos Tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados	153
4.2.5.1	Casos individuais afetados ao Plenário/Corte Especial por indicação do relator ou deliberação das Turmas (recursos especiais e extraordinários, <i>habeas corpus</i> , recursos em <i>habeas corpus</i> e <i>mandado de segurança</i>)	157
4.2.5.2	Decisões proferidas em recursos de embargos de divergência	171
4.2.6	Enunciados de súmula vinculante e das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional	180
4.3	OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DOS RECURSOS PENAIIS PELO RELATOR	183
4.4	ANÁLISE DA (IR)RETROATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E POSSIBILIDADE DE USO DA REVISÃO CRIMINAL PELA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL	191
	CONCLUSÃO	199
	REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 passou a exigir, de maneira inovadora no âmbito constitucional deste país, que todas as decisões judiciais sejam devidamente motivadas. No âmbito criminal, a garantia tem ainda mais relevo em razão da tutela da liberdade e da dignidade do indivíduo, em contraposição à repressão estatal aos crimes.

É indiscutível a importância do Poder Judiciário no papel de interpretação das leis por meio de suas decisões judiciais. A oscilação entre entendimentos ou a convivência contemporânea de diferentes interpretações da lei constituem fenômeno prejudicial e perigoso, uma vez que o indivíduo pauta suas condutas e omissões com base não apenas na lei, mas também de acordo com a interpretação sobre a lei emanada pelo Poder Judiciário.

Por isto, além das garantias da motivação das decisões judiciais, ampla defesa e contraditório, é imprescindível que a atuação judicial seja pautada pela busca da uniformização da jurisprudência, bem como pelo tratamento igualitário de situações semelhantes ou idênticas.

Neste contexto, os precedentes judiciais adquirem demasiada importância, mesmo diante do fato do Brasil ser um país com raízes romanas (*civil law*) que tem as leis escritas como fonte principal do Direito. O advento do Código de Processo Civil em 2015 ensejou a adoção de um sistema de precedentes judiciais no país, certamente não igual ao existente nos países de *common law*, mas com o mesmo objetivo: a manutenção de uma ordem jurídica estável e previsível, com a diminuição do fator surpresa decorrente da mudança abrupta dos posicionamentos dos tribunais.

A preocupação com a coerência, estabilidade e uniformização da jurisprudência não são exclusividade do Processo Civil, em que pese apenas o legislador tenha se ocupado em discutir o assunto naquela seara. Tramita projeto de lei sobre um novo Código de Processo Penal há quase uma década, mas nada se discute no âmbito legislativo a este respeito.

Em razão disto e da escassa literatura nacional no âmbito criminal sobre o tema, este estudo tem como objetivo analisar a adoção do *stare decisis* no país, partindo das premissas adotadas pelo Código de Processo Civil de 2015, com o objetivo de avaliar a pertinência de transportar ao processo penal as disposições já existentes no processo civil, mesmo que com adaptações necessárias.

Para tanto, o estudo aponta inicialmente a aproximação e a diluição das diferenças entre *civil* e *common law* que justificam a valorização gradativa dos precedentes judiciais e dos mecanismos de uniformização de jurisprudência para, depois, discorrer sobre o conceito de precedente judicial e as distinções entre jurisprudência, súmula e precedente judicial. Depois, elencou e analisou as razões para a adoção de um sistema de precedentes, com o intuito de justificar a escolha e a importância da questão.

Os itens subsequentes apresentam ao leitor os efeitos dos precedentes judiciais, dividindo-os em duas grandes categorias: vinculantes e persuasivos. Trata-se de conceituação e delimitação imprescindível para o restante do estudo, uma vez que a autora considera que qualquer decisão pode formar um precedente judicial, desde que preenchidos alguns requisitos (motivação/debate/existência de *ratio decidendi*), mas nem todo precedente judicial tem efeito vinculante ou de observância obrigatória nos novos casos.

A motivação das decisões judiciais é analisada a seguir, sob a ótica dos precedentes judiciais, sem aprofundamento sobre as suas características como garantia processual, mas de acordo com os elementos que dela fazem parte: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. A ausência de motivação das decisões judiciais também é objeto do estudo, uma vez que o Código de Processo Civil de 2015, preocupou-se com duas situações relacionadas ao uso dos precedentes judiciais que representam verdadeira simulação de fundamentação (art. 489, § 1º, incs. V e VI, do CPC, de 2015): decisões que apenas repetem ementas de julgados ou dispositivos de lei, sem apontar as razões pelas quais devem ser aplicados ao caso concreto; e decisões que deixam de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem apontar as razões pelas quais o fez.

A aproximação com os países de *common law* representa, também, a adoção das técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais, conhecidas como *distinguishing* e *overruling*, tratadas neste estudo, especialmente pela importância do cotejo ou confronto entre os casos para verificação da similitude fática e de questões jurídicas, além da indicação de fatores que limitam a alteração de entendimento perante os Tribunais, respectivamente.

Antes de analisar especificamente a matéria sob a ótica criminal, o estudo se propõe a tratar, no capítulo 3, dos deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização de jurisprudência estabelecidos pelo Código de Processo Civil, de 2015.

O capítulo 4 se refere especificamente ao Processo Penal e é a parte central da tese. Consiste em analisar a necessidade e pertinência de um sistema de precedentes judiciais para o processo penal, além de estabelecer quais decisões são de observância obrigatória neste seara.

Inicia com apontamentos sobre as razões específicas para adoção de um sistema de precedentes judiciais com aproveitamento do que já está estabelecido pela legislação e doutrina do Processo Civil, já que o Código de Processo Penal, ou mesmo o projeto de lei para o novo CPP, não tratam sobre o tema. Mas, em razão da razão da tutela da liberdade e necessidade de tratamento igualitário do jurisdicionado, são aplicáveis ao processo penal.

Em seguida, a aluna analisa os princípios do contraditório e da publicidade no *stare decisis*, indicando não considerar precedente como vinculante quando não há debate sobre a matéria ou os autos – ou mesmo o acórdão – não são públicos.

Os itens subsequentes são dedicados à análise das decisões que, segundo a aluna, foram precedentes vinculantes no Processo Penal. É bem verdade que as hipóteses analisadas decorrem do rol do art. 927 do Código de Processo Penal, mas somente como ponto de partida, uma vez que o enfoque é do Processo Penal, mesmo quando a previsão do instituto que forma o precedente vinculante não encontra qualquer referência na legislação processual penal, como o incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo.

Por outro lado, algumas hipóteses de uniformização de jurisprudência ou formação de precedentes vinculantes encontram semelhança com institutos estrangeiros previstos pela legislação processual penal e, portanto, foram levados em consideração para a análise dos institutos brasileiros.

Estabelecidas as premissas para a formação dos precedentes vinculantes e as decisões cuja observância é obrigatória no Processo Penal, o estudo passa a analisar a possibilidade de julgamento monocrático dos recursos pelo relator nos Tribunais com base naqueles precedente, mesmo diante do silêncio do Código de Processo Penal sobre o tema.

Em seguida, considerando que o Direito não é estático, mas que deve evoluir e que, para isto, os precedentes – mesmo os vinculantes – podem ser superados e substituídos por outros, desde que em decorrência de relevantes modificações sociais, políticas ou econômicas, por exemplo, o estudo analisa a (ir)retroatividade do novo precedente, dividindo a discussão da questão entre precedentes estritamente de direito processual e precedentes de direito material.

E, por fim, são apresentadas as principais conclusões extraídas do estudo.

1 PREMISSAS SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A análise histórica do sistema jurídico brasileiro comprova as suas raízes romanas (*civil law*), cujas leis escritas são a fonte principal do Direito¹. Afirmar, porém, que os precedentes judiciais são utilizados apenas pelos juízes de *common law* é um equívoco.

Apesar da histórica diferenciação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, é fácil constatar a existência dos precedentes judiciais, definidos – de maneira genérica e simples – como decisões passadas utilizadas em casos futuros nos dois sistemas².

A verdade é que estão se diluindo as diferenças entre os sistemas de *common e civil law* no tocante ao uso de precedentes e à existência e observância das leis³. Como afirma Michele Taruffo, uma distinção baseada apenas no fato de a *common law* ser um direito unicamente jurisprudencial e a *civil law* ser baseada em leis escritas é falsa por duas razões: as leis escritas e abstratas ganharam espaço significativo nos países de *common law*⁴, enquanto os precedentes judiciais foram gradativamente valorizados nos sistemas *civil law*⁵. Rodrigo Ramina de Lucca sustenta nesse sentido que “todo sistema jurídico que produz decisões judiciais motivadas produz, também, precedentes”⁶.

¹ A análise das origens dos sistemas de *common law* e *civil law* e a previsão dos precedentes judiciais e das leis como fontes de Direito são encontradas na obra de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

² Sobre o conceito de precedente utilizado neste estudo, vide item 2 abaixo: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 12-13; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 157; MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 87.

³ Sobre a aproximação entre os sistemas, vide LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 258; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52-54; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 185-198; FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Os reflexos da vinculação aos precedentes, prevista no Código de Processo Civil de 2015 e no Processo Penal. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Recife: Armador, 2016, p. 241. Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que “a dicotomia entre as famílias jurídicas *civil law/common law* hoje não é tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 218).

⁴ Neil Duxbury afirma, inclusive, que é difícil precisar quando as cortes inglesas passaram a considerar vinculantes os seus pronunciamentos judiciais, mas que em meados do século 19 tal fenômeno foi mais visível, especialmente diante da busca pela uniformidade, consistência e certeza do direito (DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 18).

⁵ TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 133-134. O mesmo autor enfatiza a importância que os precedentes têm adquirido nos

É correto sustentar que o *stare decisis* – expressão latina que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”⁷ – é muito mais observado na *common law*. Por outro lado, não é acertado dizer que as cortes de *civil law* nunca seguem precedentes, posto que, muitas vezes, consideram as decisões passadas, pelo menos, como argumentos de persuasão⁸.

Uma simples busca por acórdãos perante os Tribunais Superiores no Brasil comprova a constante menção de decisões passadas, seja mediante a sua utilização como parâmetro decisório, como elemento persuasivo ou, ainda, para indicar a existência de ressalva a posicionamento anterior.

A diferença entre os sistemas reside, em síntese, no uso combinado de leis escritas e decisões dos Tribunais, na organização hierárquica dos foros para tanto, e na importância concedida aos precedentes e seus efeitos (persuasivo ou vinculante)⁹.

A doutrina processual civil brasileira tem se debruçado, ainda mais nos últimos anos, em razão das discussões sobre o novo Código de Processo Civil (CPC), de 2015¹⁰, sobre a pertinência e a necessidade de observar os precedentes judiciais. O objetivo é evitar as modificações bruscas e inesperadas do entendimento dos tribunais e, com isso, proporcionar maior estabilidade e confiança no Poder Judiciário. As discussões durante a tramitação do projeto de lei que culminou na aprovação do texto do novo CPC indicavam a necessidade de estabelecer um sistema de precedentes no país, especialmente para diminuir a coexistência de posicionamentos conflitantes sobre temas e casos idênticos.

A preocupação com a estabilidade da jurisprudência é antiga no país, inclusive ensejou a adoção das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ainda na década de 1960¹¹. Anos mais tarde, em 1973, Alfredo Buzaid pretendeu ressuscitar o mecanismo dos

sistemas *civil law* (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007, p. 07. Para Hermes Zanetti Júnior, “mesmo nos sistemas de *common law*, os precedentes são vinculados fortemente à lei, já que nos sistemas constitucionais contemporâneos, o direito escrito vincula fortemente.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 321 e 354.)

⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 311.

⁷ Sobre consolidação da teoria do *stare decisis* ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, pp. 160-162.

⁸ DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, pp. 12-13.

⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, a diferença está na “importância que eles assumem em cada um dos sistemas e, por consequência, no respeito que lhes é devotado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38).

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

¹¹ Mais precisamente, do ano de 1963, quando foi criada a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal que, embora não desfrutasse de eficácia vinculante, mas apenas persuasiva, constituía um selo de reconhecimento formal do caráter majoritário daquela orientação. Em defesa das súmulas, José Rogério Cruz e Tucci as definiu como “um instrumento flexível, destinado a simplificar o

antigos assentos no anteprojeto que elaborou do Código de Processo Civil, mas, após ser taxado de inconstitucional, o plano foi abandonado¹², vindo Buzaid a se contentar com o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos arts 476 a 479 do Código de Processo Civil (CPC)¹³. Esse instrumento, todavia, nunca rendeu os frutos desejados¹⁴. Além disso, alterações legislativas passaram a ocorrer no país desde então a fim de prever mecanismos de vinculação de decisões¹⁵. Essa escalada de valorização dos precedentes levou José Carlos Barbosa Moreira a afirmar que “o mingau estava sendo comido pelas beiradas”¹⁶. Cite-se a adoção de súmula vinculante e a repercussão geral para os recursos extraordinários (Emenda Constitucional nº 45/2004), além das previsões sobre recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008).

O Código de Processo Civil, de 2015, no entanto, alterou significativamente o tratamento dado aos precedentes judiciais no país, enaltecendo a necessidade de sua observância e estabelecendo critérios específicos de motivação das decisões judiciais¹⁷.

trabalho da justiça em todos os graus hierárquicos, evitando-se a petrificação, porque a disciplina da súmula regula também o procedimento pelo qual pode ser modificada. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e dos juízes, uma vez que deverão eles aduzir novos argumentos ou aspectos inexplorados nos velhos debates, ou mesmo realçar evolução da própria realidade social e econômica. Com esta precaução, a súmula fulmina a loteria judiciária das majorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos e competentes operadores do direito.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 24, nº 78, set. 2004, p. 47).

¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 301.

¹³ “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.”

¹⁴ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “o ‘limitadíssimo emprego’ da tradicional uniformização tem como principal obstáculo os próprios componentes dos tribunais, infensos em aceitar a atualidade da divergência pelo inescandível temor de imaginada influência recíproca, intramuros, consistente na eficácia vinculante em futuros julgamentos.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., set. 2004, p. 22).

¹⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pp. 573-574. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

¹⁶ A afirmação foi feita no ensejo da análise da nova redação que a Lei nº 9.756/94 havia conferido ao art. 557 do CPC (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de Direito Processual*, sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 82).

¹⁷ SCHIETTI CRUZ, Rogério. Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 13, p. 341/354. (Coleção Repercussões do Novo CPC); MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/15 e o dever e manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 497.

Como aduz Osmar Mendes Paixão Côrtes, “o novo CPC consolida a tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores e consolidadores da jurisprudência”¹⁸.

A importância dos precedentes na estrutura do Código de Processo Civil, de 2015, ficou evidenciada já no início da sua tramitação no Congresso Nacional, e constava na exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto. Houve, desde o início, preocupação em estabelecer disposições legais para obter “um grau mais intenso de funcionalidade”, e que representassem mais um passo à frente¹⁹.

Ademais, a exposição de motivos da Comissão de Juristas manifestou preocupação com a existência constante de posicionamentos diferentes e incompatíveis sobre uma mesma norma jurídica e a necessidade de tratamento igualitário aos jurisdicionados que estivessem em situações idênticas²⁰. De acordo com o documento, as previsões propostas, relativas à uniformização e à estabilidade da jurisprudência, prestigiaram a segurança jurídica e tenderam a efetivar as garantias constitucionais dos jurisdicionados²¹. O capítulo dedicado aos precedentes judiciais foi suprimido da versão do texto-base aprovada pelo Senado Federal, mas a essência do anteprojeto quanto à estabilidade e à igualdade de tratamento foi mantida.

Dentre outras alterações, foram inseridos os inc. V e VII ao art. 489, § 1º, relativo à motivação das decisões judiciais, sob a justificativa de que “o projeto está estruturado a partir da força dos precedentes. É preciso, redimensionar, assim, a regra da motivação da decisão judicial a um sistema único.”

As previsões sobre os precedentes judiciais e os critérios de motivação das decisões judiciais foram alvo de críticas das associações de magistrados, inclusive com solicitação

¹⁸ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. A reclamação para os tribunais superiores e o novo CPC, com as alterações da Lei nº 13.256/2016. *Revista de Processo – RePro*, nº 257, jul. 2016, p. 256. Para Rafael Motta e Correa, “a valorização do papel dos tribunais e o engrandecimento de sua função uniformizadora e paradigmática está no centro das discussões do CPC/15.” (MOTTA E CORREA, Rafael. Op. cit., jul. 2018, p. 497).

¹⁹ Expressões constantes na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil estão disponíveis em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>, p. 21. A redação proposta pela Comissão de Juristas para o capítulo sobre a observância da jurisprudência foi alterada durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional.

²⁰ A exposição de motivos enfatiza a função nomofilática, conceituada como paradigmática pela referida Comissão dos tribunais superiores, no sentido de proferirem decisões que moldem ordenamento jurídico (Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>, p. 25). E dispõe que “a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.” (Id., *ibid.*, p. 242).

²¹ “[...] todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes estejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-cpc-parte1.pdf>>, p. 27. Acesso em: 10 dez. 2018).

de veto. Os magistrados consideraram, em síntese, que a vinculação às decisões judiciais acarretaria ofensa à independência judicial e a exigência de motivação judicial nos termos propostos poderia ensejar descumprimento da duração razoável do processo²². Apesar disso, o Código de Processo Civil foi sancionado com as previsões sobre os precedentes judiciais (art. 926 e 927) e motivação das decisões judiciais (art. 489, § 1º).

Diante desse novo panorama legislativo e da previsão expressa de um sistema de precedentes judiciais, Hermes Zanetti Júnior aponta que o Brasil possui um ordenamento jurídico híbrido entre *civil e common law*, uma vez que consta do texto legal a previsão de observância de precedentes obrigatórios²³.

Por outro lado, com posicionamento acertado, Cássio Scarpinella Bueno considera que não houve migração do Direito brasileiro em direção a *common law*, mas, sim, uma postura exigente dos tribunais observarem as suas próprias decisões²⁴. Isto porque o país não afastou a primazia da lei escrita como fonte do Direito, tampouco diminuiu a necessidade da sua observância em virtude da maior importância das decisões judiciais. Como dito anteriormente, está havendo uma aproximação dos sistemas *civil e common law*, o que não significa o abandono dos fundamentos específicos de cada ordenamento.

As novas disposições do Código de Processo Civil, de 2015, sobre os precedentes judiciais refletem, na verdade, a preocupação com a estabilidade das decisões judiciais e, especialmente, do tratamento igualitário de situações análogas, já que as previsões legais anteriores não foram satisfatórias para atingir este objetivo.

Apesar do volume e da densidade das discussões no âmbito do Processo Civil, ainda pouco é encontrado em relação aos precedentes na doutrina processual penal²⁵. A formação e observância dos precedentes, entretanto, merece a devida atenção na seara penal porque a lei escrita, mesmo quando formulada mediante o uso da melhor técnica

²² Breve relato sobre o tema é encontrado em SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 326.

²³ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 427.

²⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº 13.256, de 04/02/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 596.

²⁵ São poucos os estudos encontrados na doutrina nacional que tratam especificamente da matéria pela perspectiva penal, o que, inclusive, constituiu razão para a apresentação desta tese de doutorado. São estes: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018; PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015; SILVA, Bruno Nova. *A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Salvador: 2013.

legislativa, demanda interpretação. Tal atividade é própria da atuação da magistratura quando da análise e do julgamento dos casos concretos após debate entre as partes²⁶.

Deve-se reconhecer, também, que nos casos em que há indeterminação legal sobre um elemento do tipo penal, a jurisprudência alcança maior importância e valor normativo, já que o magistrado, por meio da interpretação, acaba determinando o conteúdo das normas penais²⁷. Para a doutrina, “a legitimação da atuação punitiva estatal está intrinsecamente ligada à prévia ciência do jurisdicionado das consequências jurídicas que lhe podem advir em razão da prática de suas condutas”²⁸.

Em relação ao contraditório, inclusive, são necessárias interpretações jurisprudenciais como, por exemplo, a possibilidade de decisões fundadas em elementos informativos não produzidos perante a dialética processual e a presença do critério de motivação suficiente sem que haja o enfrentamento de todos os elementos de prova²⁹.

Como aduz a doutrina, “a locução ‘direito jurisprudencial’ significa claramente direito criado pelos juízes (*judge-made law*)”, podendo também ser compreendida em outros quatro sentidos, um deles inclusive substituindo o legislador (elaborando o Direito) quando não houver norma geral pré-constituída a ser aplicada no caso concreto/individual³⁰.

Além disto, a adoção dos precedentes judiciais para garantir igualdade de tratamento tem ainda maior importância no Processo Penal se for considerado que, sob a perspectiva de um processo penal garantista e de um direito penal calcado na regra de *nullum crimen nulla poena sine pravia lege*, é superlativa a importância da busca de soluções iguais às mesmas situações dos jurisdicionados³¹. Como afirma Thomas da Rosa de Bustamante,

²⁶ Como afirma Carlos Aurélio Mota de Souza, “se a lei é boa, porque regula uma generalidade de situações incertas e imprevisíveis, dando segurança às condutas sociais, a decisão judicial é melhor, porque dá certeza e garantia ao ordenamento, provando a validade e eficácia da lei e fazendo recair o comando judicial sobre cada situação fática individualizada.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 202).

²⁷ A este respeito vide GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 62-72.

²⁸ SILVA, Bruno Nova. Op. cit., 2013, p. 110.

²⁹ SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 20 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

³⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 215; REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 168-170; FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, pp. 168-169.

³¹ “A gravidade trazida pelo casuismo judiciário em matéria penal traz consequências ainda mais nefastas a um devido processo penal substantivo. Por meio de uma argumentação jurídica inapropriada, juízes dizem que determinada conduta se aperfeiçoa como um certo tipo penal, enquanto outros dizem que o tipo incidente é distinto e/ou um terceiro ainda afirma que não existe crime na conduta em análise.” (FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Op. cit., 2016, p. 249). A autora aponta, como exemplo, o caso do crime do art. 244-

é fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito³².

Ademais, como o processo penal envolve bens jurídicos de sobrelevada relevância – a liberdade, por exemplo – a tolerância do sistema à convivência entre decisões conflitantes tende a produzir injustiças bastante graves.

Exige-se, assim, do Poder Judiciário, coerência interna da atividade jurisdicional e segurança da própria ordem jurídica, especialmente no âmbito penal que tutela a liberdade dos acusados, o devido processo penal e a dignidade dos apenados, pois uma norma deve ter apenas um significado ou parâmetros de interpretação³³.

As razões para a fixação e observância dos precedentes judiciais serão analisadas posteriormente, em tópico específico e com maior profundidade. Importante estabelecer como premissa, que não é possível simplesmente transpor de algum país da *common law* a regulamentação dos precedentes judiciais e anular o conteúdo legislativo nele codificado.

A adoção de um sistema de precedentes no Brasil não é a solução para os problemas do Poder Judiciário, mas pode garantir, caso seja utilizado corretamente, um tratamento mais igualitário e de maior confiança do jurisdicionado³⁴. Deve, portanto, levar em consideração peculiaridades locais quanto às competências dos tribunais, objeto dos recursos em cada Côrte, além de todo o arcabouço legal já existente para adaptar os institutos e as técnicas de formação e utilização dos julgados. Situação semelhante é

B do ECA, em que juízes deixam de reconhecer o caráter formal do crime de corrupção de menores, mesmo com súmula do STJ a respeito, havendo decisões em que a mesma conduta é considerada como típica ou atípica. Paula Pessoa Pereira questiona “como falar em igualdade perante a lei se não podemos exigi-la dos órgãos jurisdicionais, que são os responsáveis por densificar e materializar o significado do texto legal num determinado caso prático? Aquele que vai aos tribunais espera, no mínimo, que seu caso não seja tratado de forma dissonante a outros semelhantes.” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 61).

³² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 326. No mesmo sentido, LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 258.

³³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Op. cit., 1996, pp. 208-209. O autor ainda afirma que “pela conceituação realista contemporânea da jurisprudência, o juiz ‘cria’ Direito, não como legislador, mas por agregar à Lei todas as circunstâncias valorativas do fato, bem como doutrinas, costumes, precedentes judiciais; por isso, a Jurisprudência tem valor relevante, por complementar, na sua aplicação, o que a Lei não pôde dizer, por sua absoluta generalidade e abstração.” (Id., *ibid.*, p. 223).

³⁴ Para Lucas Buriel de Macêdo, apesar de defender a adoção de um sistema de precedentes, estes não são a solução de todos os problemas do país e quem pensar assim está fadado à decepção. (MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, p. 260).

exposta na obra de Michele Taruffo, que trata do estabelecimento de precedentes na Itália e esclarece que a simples transposição dos institutos pode gerar algumas perplexidades³⁵.

Inexiste, atualmente, previsão legal sobre precedentes judiciais no âmbito criminal, no Código de Processo Penal ou em leis especiais esparsas. Há, tampouco, discussão sobre o tema em projeto de lei no Congresso Nacional, apesar de o projeto de um novo Código de Processo Penal tramitar por lá há quase 10 anos.

De qualquer sorte, assim como a disciplina dos Recursos Especiais e Extraordinários Criminais ter sido incorporada pelo Código de Processo Civil, de 2015, e atualmente ser por ele regida, uma vez que revogou a Lei nº 8.038/90, as disposições sobre precedentes judiciais estabelecidas para o Processo Civil podem ser transpostas para o Processo Penal.

Apesar de a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo criminal ter sido afastada durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional (art. 15)³⁶, o art. 3º do Código de Processo Penal autoriza tal aplicação, o que já ocorria em outras matérias, como dos recursos repetitivos e súmulas vinculantes.

O objetivo deste estudo, portanto, é analisar o conceito de precedentes, as maneiras de formação e técnicas de aplicação de acordo com a doutrina nacional e internacional, a fim de estabelecer balizas para um sistema de precedentes judiciais no âmbito criminal.

³⁵ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010, p. 542. No mesmo sentido, tratando do Brasil, tem-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 139-140; MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, p. 257.

³⁶ O art. 15 do CPC, de 2015, tem a seguinte redação: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” O anteprojeto feito pela Comissão de Juristas estabelecia (art. 14) que as disposições do novo CPC seriam, também, aplicáveis supletivamente ao Processo Penal na ausência de normas sobre alguma matéria.

2 PRECEDENTES JUDICIAIS: BREVE CONCEITUAÇÃO

Precedentes são, antes de tudo, decisões judiciais. Sua conceituação, no entanto, depende da adoção do marco teórico. Epistemologicamente, pode ser compreendido em alguns sentidos como amplo e restrito³⁷.

Se, em sentido amplo, o precedente é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”³⁸, considerando o ato decisório como um todo e não apenas seu dispositivo, no sentido restrito o precedente judicial é a norma extraída da decisão (*ratio decidendi*), isso é, apenas parte do ato decisório³⁹, cuja potencialidade é se firmar como paradigma⁴⁰.

³⁷ Sobre o sentido amplo e restrito do precedente sob o prisma epistemológico, vide ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 91; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, pp. 143-153; MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 89. Sobre os sentidos com a inclusão do intermediário, vide LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 269. Sob a denominação de sentido próprio e impróprio, vide PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodium, 2015, p. 158.

³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 513. No mesmo sentido, Ravi Peixoto afirma: “a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 157). De acordo com Francisco Rosito, o efeito transcendental – que extrapola o caso já julgado – é imprescindível (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 93).

³⁹ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 90. Com este entendimento, vide TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007, p. 20.

⁴⁰ Para Rodrigo Ramina Lucca, há um terceiro sentido – o intermediário – que considera como precedente “toda decisão que contenha uma tese jurídica passível de ser seguida em casos posteriores”, sendo diferente do sentido amplo uma vez que exige a presença de questões jurídicas relevantes e não apenas fáticas. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 269).

Para Neil Duxbury, que adota a conceituação de precedente em sentido amplo, trata-se de um evento passado que serve de guia para uma ação presente. Sua melhor definição não é como lei, mas como prova da forma como os juízes interpretam a lei⁴¹.

Para fins deste estudo adota-se o sentido amplo, qual seja, o de que o precedente equivale a uma decisão judicial anterior, utilizada como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes⁴², desde que trate da aplicação da mesma norma e haja similitude dos fatos⁴³.

É bem verdade que todas as decisões judiciais podem formar precedentes, mas nem todas as decisões os formam, uma vez que apenas citam julgados anteriores, sem nova especificação ao caso e, portanto, “não resultam efeitos jurídicos normativos para os casos futuros”⁴⁴, apenas indicam a existência do entendimento. Assim, nem todas as decisões são precedentes de observância obrigatória para os casos subsequentes, pois podem ter eficácia apenas persuasiva⁴⁵, questões que também serão analisadas na sequência deste estudo.

Para fins deste estudo considera-se precedente a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade ou em um caso concreto⁴⁶, cujo texto será submetido à interpretação⁴⁷. E que, apesar de baseada em fatos, trata de questão jurídica e não apenas

⁴¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 1 e 17.

⁴² Michele Taruffo adota o sentido estrito em: TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 20. Por sua vez, Lucas Buriil Macêdo afirma ser imprópria esta redução (MACÊDO, Lucas Buriil. Op. cit., 2015, p. 89).

⁴³ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 92; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 13.

⁴⁴ ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334. Michele Taruffo afirma que citações de legislação e/ou decisões estrangeiras, cada vez mais usadas em razão da globalização, não constituem precedentes, pois são apenas exemplos de tratamento da questão em outro ordenamento (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 34-35). O autor afirma que só as boas decisões são precedentes e não qualquer decisão (filtro de qualidade da decisão), baseando-se na autoridade científica e não na autoridade do órgão judicial (TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 139). Luiz Guilherme Marinoni afirma que não se pode confundir toda decisão com precedente judicial, “só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 156). Análise sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser encontrada em GOMES, Mariângela Gala de Magalhães. *Direito Penal e Direitos Humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (concurso público ao cargo de professor titular para o Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buriil. Op. cit., 2015, p. 90. Sobre os efeitos dos precedentes (vinculantes ou persuasivos, vide item 2.3 deste estudo).

⁴⁶ Michele Taruffo afirma que os precedentes sempre são proferidos em casos concretos. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 9).

⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buriil. Op. cit., 2015, p. 317. Sobre a necessidade de interpretação, J. Oliveira Ascensão afirma que “não devemos pensar que a atuação do precedente torna a solução do caso numa atividade mecânica, em que ao juiz cabe a posição passiva de verificar se algum tribunal se pronunciou já sobre aquela matéria para depois decidir da mesma forma.” (ASCENÇÃO, J. Oliveira. *Fontes do Direito no sistema do common law*. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, v. 1, out. 2010). Sobre a constante e sucessiva

de simples subsunção dos fatos aos textos legais⁴⁸, uma vez que as decisões sobre fatos são sempre únicas⁴⁹.

2.1 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, PRECEDENTE JUDICIAL: DISTINÇÃO NECESSÁRIA

No texto anterior restou estabelecida a premissa de que precedente judicial é a decisão judicial em um caso concreto que trate de questão jurídica e não apenas de simples subsunção dos fatos aos textos legais, servindo como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que haja similitude entre os fatos dos dois casos. De qualquer sorte, é imprescindível apontar as diferenças entre precedente, jurisprudência, ementa e súmula⁵⁰.

Apesar de historicamente o termo “jurisprudência” ter múltiplos significados⁵¹, atualmente corresponde, de maneira genérica, ao conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre as questões fáticas e jurídicas levadas ao seu conhecimento⁵². Para Eduardo de Albuquerque Parente, jurisprudência corresponde ao conjunto de decisões

interpretação, vide BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982, p. 129.

⁴⁸ Para o autor, não será precedente a decisão que “apenas se limita a indicar a subsunção dos fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 334).

⁴⁹ Para Hermes Zanetti Júnior, os precedentes são “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas.” (Id., *ibid.*, p. 328). Ao tratar da aplicação dos precedentes nas demandas individuais, Michele Taruffo afirma que não existem dois casos idênticos, exceto na Academia, existindo apenas mais ou menos semelhantes. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2012, p. 141).

⁵⁰ Sobre a distinção entre precedente judicial e costume, vide MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, pp. 105-107). A questão não é analisada no presente estudo em razão da metodologia de a considerar apenas o que depende da atividade jurisdicional para a sua existência.

⁵¹ Sobre os significados históricos vide CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 9; MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 108; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, pp. 96-99.

⁵² Sobre a definição de jurisprudência no dicionário ver Rubens Limongi França que, ao tratar sobre o conceito, aponta cinco significados, mas adota apenas dois no seu estudo sobre o tema, a saber: “manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade” e “conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.” (FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, pp. 143-146). Também sobre as acepções do termo, vide Alfredo Buzaid, para quem “a jurisprudência revela o direito tal como é interpretado pelos tribunais no momento em que o aplicam aos casos concretos.” (BUZAID, Alfredo. Op. cit., 1982, pp. 127-128).

reiteradas sobre a mesma matéria, em sentido isonômico⁵³. Corresponde, também, à atividade judicante dos tribunais⁵⁴, mas não pode ser confundida com o substantivo “precedente”⁵⁵.

O termo “precedente” refere-se, primeiramente, a uma diferenciação quantitativa⁵⁶, uma vez que o precedente judicial corresponde a uma decisão isolada, de um caso concreto específico, enquanto “jurisprudência” é um conjunto plural de decisões reiteradas em determinado sentido⁵⁷.

Ademais, a força normativa da jurisprudência depende da pluralidade de decisões em um mesmo sentido num determinado espaço de tempo, ao passo que no precedente judicial a força decorre de uma decisão unitária, cuja relevância é apontada pelas questões discutidas no caso concreto e cuja norma é aplicada – a depender da vinculação – aos casos semelhantes subsequentes⁵⁸.

Outra diferenciação necessária a se fazer é entre precedente e ementa e, assim, evitar confusões, especialmente na interpretação da norma a ser extraída e na sua utilização como núcleo do precedente⁵⁹. Em primeiro lugar, a ementa é apenas um resumo do que foi discutido e decidido no caso concreto, em que são utilizados termos específicos para facilitar a busca por determinados temas julgados pelos tribunais. Depois, sequer pode ser

⁵³ PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformidade*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5. Tem-se, ainda, que “pela palavra jurisprudência (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. [...] Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 167-168).

⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 9.

⁵⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 141.

⁵⁶ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 159; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 12; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 328.

⁵⁷ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 12 e 17; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 99; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 328. Mariângela Gama de Magalhães Gomes entende que jurisprudência é o conjunto de precedentes sobre uma determinada matéria. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial*. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, p. 73).

⁵⁸ Neste sentido, vide MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 109. Ao diferenciar os institutos, Francisco Rosito afirma que “a reiteração é própria da jurisprudência e não dos precedentes judiciais” e que “enquanto os precedentes fornecem o substrato necessário para a sua aplicação aos casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos.” (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 94 e 100). Sobre a diferença entre precedente e costume, vide DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, pp. 8-9. Para Hermes Zanetti Júnior, os precedentes não se confundem com a jurisprudência, “pois não se traduzem em tendências do tribunal, mas na própria decisão.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 331).

⁵⁹ De acordo com Lucas Buril de Macêdo, a utilização da ementa como se fosse o núcleo do precedente é prejudicial, pois evita a análise cuidadosa dos fatos e de toda a argumentação. “Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 110).

considerada, isoladamente, como decisão, já que esta é composta por três partes (relatório, fundamentação e dispositivo)⁶⁰.

Não raras vezes, sua simples leitura não permite compreender os fatos objeto da discussão, tampouco as razões e os fundamentos que deram ensejo àquela decisão final, em que parte da doutrina enfatiza que “o dispositivo da ementa deve ser uma proposição inteligível por si só”⁶¹.

Além disso, é comum que questões jurídicas semelhantes tenham ementas idênticas, mesmo quando há diferenças em relação aos fatos. Ou, justamente por se tratar de um resumo das razões de decidir e diante da possibilidade de existência de conflitos entre a ementa e o inteiro teor do julgado⁶² – para qualquer fim – a leitura da íntegra dos julgados é medida impositiva para a utilização daquela decisão⁶³.

É bem verdade que no cotidiano forense, utiliza-se apenas a citação da ementa dos julgados para a justificação de pedidos (partes) ou nas razões de decidir (juízes), já que são, como dito, resumo do que foi decidido, enquanto os votos dos julgados estão cada vez mais longos. Tal conduta, a princípio, não é equivocada e é aceita, desde que haja estudo do inteiro teor do precedente e prévia verificação sobre a existência de semelhança entre a *ratio decidendi* contida no julgado e as indicações/citações na ementa do julgado⁶⁴, mesmo que para fins de citação do precedente apenas como elemento de persuasão⁶⁵. É inevitável,

⁶⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. A crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 321.

⁶¹ GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de ementas jurisprudenciais*. Brasília: CEJ, 2004, p. 64.

⁶² GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 509.

⁶³ De maneira acertada, Lucas Buri de Macêdo afirma que para “a compreensão precisa e segura da norma gerada ou especificada em um precedente, é indispensável a leitura cuidadosa da decisão, levando em conta os fatos da causa, a argumentação realizada no processo pelas partes e os fundamentos que levaram à tomada de decisão.” (MACÊDO, Lucas Buri de. Op. cit., 2015, p.111).

⁶⁴ Para Ravi Peixoto, “trata-se apenas de um documento elaborado a partir do julgado, e não o julgado em si, não tendo aptidão de gerar, de forma autônoma, a eficácia típica dos precedentes. A aplicação dos precedentes não pode prescindir do inteiro teor dos julgados, em que se pode buscar efetivamente a norma, os fatos que lhe deram origem e mesmo divergências entre os votos.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 163). Guilherme Santana Nogueira, por sua vez, afirma que citar apenas a ementa do julgado retira a força do precedente e é uma maneira equivocada de seu uso, devendo-se exigir uma demonstração analítica da coincidência do caso concreto com o precedente judicial invocado. (NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2013, p. 237).

⁶⁵ Ravi Peixoto afirma que substituir o precedente (inteiro teor da decisão) pela ementa empobrece o caso concreto. (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 162). José Rogério Cruz e Tucci afirma que “qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 447).

assim, que afaste ou pelo menos diminua a utilização da ementa dos julgados sem análise do conteúdo, pertinência fática e coincidência temática⁶⁶.

Cabe, também, diferenciar precedente judicial de súmula. A súmula (persuasiva ou vinculante) é apenas um extrato, a “enunciação destacada” de uma tese jurídica vencedora ou do entendimento de algum tribunal, que facilita a identificação da jurisprudência dominante daquele órgão pelos demais julgadores⁶⁷.

O enunciado da súmula da jurisprudência do tribunal não é propriamente uma decisão sobre um caso concreto específico⁶⁸, mas um resumo do entendimento do tribunal, feito de maneira condensada.

Neste sentido é o posicionamento de Carlos Frederico Bastos Pereira ao afirmar que “as súmulas nada mais são que enunciados que buscam externalizar os fundamentos determinantes de um dado precedente”⁶⁹. Mas não são, segundo o mesmo autor, precedentes por si só, pois sua aplicação em casos futuros depende do estudo e da análise dos casos concretos que as originaram⁷⁰, o que permite a verificação da sua coincidência fática e temática, mesmo que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes⁷¹. Neste sentido é o enunciado nº 166 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “a

⁶⁶ Neste sentido, Lúcio Grassi Gouveia e Fábio Gabriel Breitenbach afirmam que “combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão.” (GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Op. cit., 2016, p. 515).

⁶⁷ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 16; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 166; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 95. Rodrigo Ramina de Lucca entende que a súmula de jurisprudência predominante “é um resumo da jurisprudência do Tribunal, onde são incluídos enunciados que apresentam o entendimento consolidado sobre determinada questão jurídica.” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, pp. 313-314). Para José Rogério Cruz e Tucci, “o fator temporal também é importante, porque uma orientação pretoriana sedimentada reclama, normalmente, um longo período.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 456). Sobre o histórico das súmulas no STF, vide BUZAID, Alfredo. Op. cit., 1982, p. 138.

⁶⁸ Sustenta Francisco Rosito que a súmula “não se trata propriamente de uma decisão oriunda de um conflito de interesses, senão da expressão do resultado de um procedimento específico adotado por um determinado tribunal para eliminar as variações de interpretação, sem a participação em contraditório das partes.” (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 95). Para Daniel Mitidiero, os conceitos de jurisprudência e precedente “são dois caminhos distintos que foram paulatinamente trilhados e posteriormente amalgamados pelo direito brasileiro”, e que os significados de jurisprudência e súmula foram alterados em razão do advento do novo Código de Processo Civil. Isto porque as concepções tradicionais, respectivamente, de conjunto de decisões de um tribunal e método de trabalho para facilitar a síntese do posicionamento da Corte, não mais coincidem com a previsão legal. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 70 e 88-89).

⁶⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 669. Para Carlos Aurélio Mota de Souza, “a súmula é expressão última da jurisprudência.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, pp. 208-210).

⁷⁰ Aduz Ravi Peixoto que “as súmulas, para serem devidamente aplicadas, devem sempre partir dos casos concretos, do contrário há uma abstrativização inadmissível para a dinâmica dos precedentes.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 161).

⁷¹ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 95.

aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”⁷².

Demonstradas, mesmo que sucintamente, as distinções existentes entre precedentes, jurisprudência, ementa e súmula, passa-se a analisar as razões favoráveis e contrárias à adoção de um sistema de precedentes no país.

2.2 RAZÕES PARA A OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO BRASIL

Em decorrência da evolução histórica do Direito nos países de *common law*, as discussões sobre a adoção ou não de um sistema de precedentes está superada há muitos anos, restando, muitas vezes, apenas a discussão sobre o grau de vinculação e as formas de distinção e superação dos entendimentos.

Por outro lado, a necessidade e a pertinência de adotar um sistema de precedentes não é unanimidade na doutrina brasileira, reconhecidamente de *civil law*, como se verá a seguir.

Inicialmente, a doutrina contrária à adoção dos precedentes, ou à sua força vinculante, expressa que o objetivo do Código de Processo Civil, ao prever um sistema de precedentes, requer autorização constitucional, sob pena de não haver reconhecimento da legitimidade dos institutos de formação dos precedentes⁷³.

Além disto, entende-se que pode haver dificuldade, ou mesmo impedimento ao desenvolvimento do Direito em razão da sua imutabilidade no tempo. Ou seja, uma vez fixado o precedente judicial, não seria possível alterá-lo, o que poderia acarretar injustiças futuras.

É bem verdade, todavia, que ao adotar seriamente um sistema de precedentes, não faria sentido que os tribunais alterassem constantemente os seus próprios posicionamentos, fixados anteriormente, somente porque não gostam dos seus fundamentos⁷⁴.

Também é certo que o Direito não pode perder a relação com a realidade, devendo acompanhar as evoluções e modificações sociais⁷⁵. É equivocada, no entanto, a crítica da

⁷² PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: JusPodvim, 2017.

⁷³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1837. Para os autores, o Brasil optou pelo caminho mais fácil, “mas inconstitucional” de previsão de um sistema de precedentes.

⁷⁴ Com este posicionamento, vide MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, 2015, p. 142.

⁷⁵ PEIXOTO, Ravi. *Op. cit.*, 2015, p. 57.

imutabilidade do Direito⁷⁶, até sob a ótica dos países de *common law* com tradição na observância dos precedentes judiciais⁷⁷.

Como será demonstrado em capítulo posterior, existe técnica para a superação do precedente judicial (*overruling*), aplicável pela própria Corte que o fixou, quando não se adequa mais à realidade da sociedade⁷⁸. Da mesma forma, existe técnica de distinção do caso em análise (*distinguishing*) para não incidência do precedente fixado em razão de diferenças substanciais entre os casos⁷⁹.

Outro argumento contrário à adoção dos precedentes é a alegada violação da independência judicial ou da regra do juiz natural. Os precedentes vinculantes pressupõem a observância do entendimento dos tribunais e o fato de que o juiz não decida cada caso concreto de acordo com o seu posicionamento pessoal.

Lenio Luiz Streck critica a adoção de um sistema de precedentes, afirmando que o Poder Judiciário não julgará mais causas, resumindo-se à “aplicação utilitarista do Direito para resolver seus problemas numérico-quantitativos”⁸⁰.

Tal argumentação, entretanto, não se sustenta na prática, pois a independência judicial é, na verdade, independência dos juízes, garantida constitucionalmente pelas previsões da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios⁸¹. Julgar de acordo com a lei e os precedentes judiciais anteriormente fixados não ofende, tampouco afasta a independência judicial. Pelo contrário, a garantia permanece inalterada ao passo que persiste a necessária análise de cada caso concreto posto a julgamento, especialmente para verificar se o precedente judicial é aplicável ao novo caso concreto.

Mesmo quando se adota precedentes vinculantes (obrigatórios) é necessária a análise fática individual dos casos concretos para, então, verificar a existência de um precedente judicial e, ao final, avaliar a congruência/semelhança dos casos e aplicar o

⁷⁶ Neste sentido, vide PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: RT, 2016, p. 75.

⁷⁷ Luiz Guilherme Marinoni traz em sua obra relato interessante sobre a modificação de precedentes na *House of Lords* inglesa e na Suprema Corte Americana. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, pp. 140-141).

⁷⁸ José Rogério Cruz e Tucci afirma que a jurisprudência deve evoluir para dar respostas tempestivas, realistas e adequadas às exigências sociais. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 456).

⁷⁹ Como sustenta Lucas Buril de Macêdo, “a aproximação e afastamento de casos se dá por meio de distinções, que são baseadas nas razões albergadas nos precedentes e nas normas jurídicas do ordenamento jurídico.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 156).

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar?* Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpre tar](http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpre-tar)>. Acesso em: 02 jul. 2017. No mesmo sentido é a obra de STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁸¹ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 240.

entendimento ao caso em julgamento⁸². Ademais, os juízes podem, sem sombra de dúvidas, adotar o precedente judicial em razão da sua observância obrigatória a depender do caso, mas expor as deficiências do entendimento, fazendo uma “concordância crítica”⁸³.

Preciso é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que “o juiz e os órgãos judiciais são peças dentro do sistema de distribuição de justiça.” É correto afirmar, portanto, que a observância dos precedentes não afasta a independência de cada juiz quando visto individualmente. O autor reafirma a unidade do Poder Judiciário e o seu dever de tratamento uniforme em situações idênticas⁸⁴.

Analisados sucintamente os argumentos contrários à adoção de um sistema de precedentes, é importante pontuar as razões que a justificam. A maioria está relacionada à manutenção de uma ordem jurídica estável e previsível, cuja finalidade é diminuir o fator surpresa decorrente da mudança abrupta dos posicionamentos dos tribunais⁸⁵.

Em primeiro lugar, tem-se a segurança jurídica como razão para a adoção dos precedentes, entendida como “estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”⁸⁶, o que garante que as pessoas possam fazer escolhas em relação aos seus atos e omissões⁸⁷.

⁸² “A possibilidade de divergência da decisão com base em elementos fáticos permite a obtenção de igualdade material no ordenamento jurídico.” (PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 70; MARINONI, Luiz Guilherme, 2015, p. 153).

⁸³ Segundo William Pugliese, “a concordância crítica tem os pontos positivos defendidos pela tese da desobediência judicial, mas ao mesmo tempo não sofre suas deficiências, pois, ao aplicar o precedente, o juiz não subverte o ordenamento e não fere os princípios que justificam o respeito às decisões.” (PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 73). Neil Duxbury sustenta que a observância dos precedentes judicial afasta a independência judicial e considera possível modificar ou estender princípios legais no direito inglês sem que haja ofensa do precedente. (DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 27).

⁸⁴ O autor afirma a necessidade de os juízes adotarem os precedentes judiciais para garantir uma distribuição de justiça igualitária, sendo necessário acabar com o discurso de que a liberdade judicial é ferida quando é obrigado a seguir posicionamento das Cortes Superiores. E afirma que “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.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 55 e 149).

⁸⁵ Os defensores da observância dos precedentes não propõem um direito estagnado ou imutável, mas enfatizam a necessidade de que haja segurança nas modificações jurídicas. Ravi Peixoto expõe que “a confiabilidade, ao dirigir-se à permanência do passado, é conectada a institutos jurídicos que atuam na estabilização de relações jurídicas, justamente na manutenção, impedindo que certas modificações jurídicas sejam realizadas.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 58).

⁸⁶ Luiz Guilherme Marinoni afirma que “a segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 97). Mais sobre segurança jurídica, vide PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, pp. 52-84; MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, pp. 136-141.

⁸⁷ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 49. Daniel Mitidiero considera que não há razão séria para contestar a aplicação e observância dos precedentes no Estado Constitucional, justamente por ser o Estado em que há juridicidade e segurança jurídica. (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 133). O mesmo autor, em outra obra, afirma que “o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional.” (MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 85).

José Rogério Cruz e Tucci entende que, em sendo observados seguidamente os precedentes, preserva-se a estabilidade da ordem jurídica e garante-se a certeza do Direito e a confiança da escolha feita pela decisão judicial⁸⁸.

Em um Estado de Direito, a estabilidade é necessária em todas as searas, pois de nada adianta haver estabilidade na legislação quando há “frenética alternância das decisões judiciais”⁸⁹. Nesse caso, várias decisões conflitantes para casos iguais configuram incoerente e injusta ordem jurídica⁹⁰, podendo provocar insegurança dos litigantes e desestabilização dos tribunais⁹¹.

A observância e o respeito aos precedentes representam, assim, a busca por um sistema jurídico baseado mais em previsibilidade e menos em sorte⁹².

Segundo a doutrina dominante, a uniformidade do entendimento dos tribunais garante a certeza e a previsibilidade do Direito⁹³, e a segurança jurídica consiste em “direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas”⁹⁴.

Evan H. Carminker enfatiza que a observância dos precedentes e a rigidez na sua alteração acarretam a previsibilidade, permitindo a todos o conhecimento do conteúdo da lei; a confiança nas relações; os custos, já que lei com conteúdo certo é menos burlada;

⁸⁸ Para o autor, preservar as correntes predominantes da jurisprudência “constitui obra de boa política judiciária, porque infunde na sociedade confiança no Poder Judiciário.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 448 e 456).

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 102. Michele Taruffo, ao tratar da Corte de Cassação italiana, afirma que o problema maior não é quando as Cortes Supremas não observam o que já decidiram, mas quando “as variações são muito frequentes, arbitrárias, aleatórias e sem justificativa séria.” (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 30, tradução livre).

⁹⁰ GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Op. cit., 2016, p. 507. Michele Taruffo aponta a enorme quantidade de decisões anuais proferidas pela Corte de Cassação italiana. Indica, também, as decisões conflitantes sobre o mesmo tema naquele país. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 18).

⁹¹ ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. *RePro*, n° 137, jul. 2006, p. 249; PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 19; FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 401. Para tornar previsível, Rodolfo de Camargo Mancuso defende a necessidade de sumular o entendimento dos tribunais. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 304). Tal questão será analisada pormenorizadamente mais adiante.

⁹² André Ramos Tavares expõe que se deve assumir alguns riscos na busca deste sistema. (TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*. Estudos e comentários à Lei n° 11.417, de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 112). Sobre o enfraquecimento da jurisprudência lotérica, vide GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Op. cit., 2015, pp. 491-517. Para Luiz Guilherme Marinoni, a segurança jurídica está a exigir o sistema de precedentes no país. A previsibilidade é indissociável da segurança jurídica gerada pela estabilidade da jurisprudência. (MARONINI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 82). No mesmo sentido tem-se que, “tornando-se mais robusta a fundamentação judicial e valorizada uma cultura de respeito aos precedentes, estaremos dando passos importantes para o enfraquecimento da denominada jurisprudência lotérica dos tribunais, causa de tantas desigualdades e perplexidades em nosso sistema jurídico.” (GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Op. cit., 2016, p. 517).

⁹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2015, p. 448.

⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2012, p. 133.

maior certeza para a atuação da administração pública, que conhecerá os termos legais; a igualdade no tratamento perante a lei; a legitimidade da autoridade judiciária, que gozará de maior confiança perante a sociedade; e a certeza sobre a segurança da autoridade segundo os termos da lei⁹⁵.

Para Rodrigo Ramina de Lucca, a alteração constante de entendimentos acarreta insegurança jurídica e pessoal, além de ser mais danosa do que a legislativa porque atinge fatos pretéritos (retroativos)⁹⁶. No Processo Penal, a questão alcança ainda maior relevância porque apesar da vedação de retroatividade da lei penal mais gravosa, a alteração jurisprudencial acaba alcançando fatos pretéritos⁹⁷.

Além da estabilidade e previsibilidade cabe destacar, também, que a garantia da duração razoável do processo é considerada razão para a observância dos precedentes. Em que pese a discussão sobre a necessidade ou não de inclusão expressa da garantia na Constituição Federal⁹⁸, a Emenda Constitucional nº 45/2004 teve como objetivo imediato garantir a prestação jurisdicional de forma mais célere e desburocratizada⁹⁹. Após tal inclusão, a doutrina passou a discutir, também, a necessidade de reformas processuais específicas, inclusive no tocante à valorização dos precedentes¹⁰⁰. A duração razoável do processo é considerada uma das razões para a observância de precedentes pois a exigência de interpretação e aplicação homogênea do Direito nos Tribunais agiliza, pelo menos em

⁹⁵ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, nº 4, v. 46, abr. 1994, p. Para William Pugliese, um dos princípios que regem a atuação do Poder Judiciário é o da objetividade, que se desdobra em imparcialidade – ausência de vinculação com as partes – e universalidade, significando que “as questões devem ser decididas de acordo com regras aplicáveis não só a um caso particular, mas também a todos os casos semelhantes”, ou seja, a todos os futuros litigantes na mesma situação. (PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 39).

⁹⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, pp. 260-262. Além disto, é importante considerar que “a coerência do ordenamento jurídico deve ser conferida pelo conjunto de decisões judiciais que interpretam o material jurídico, portanto, a posteriori.” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Op. cit., 2016, p. 667).

⁹⁷ Sobre o tema, vide item 4.4 deste estudo.

⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça*. Comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31; SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça* (notas à Emenda Constitucional nº 45, de 6 de dezembro de 2004). Niterói: Impetus, 2005, p. 17.

⁹⁹ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e efetividade de prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Reforma do judiciário*. Analisada e comentada. Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Método, 2005, p. 38.

¹⁰⁰ José Henrique Mouta Araújo indica como soluções para a lentidão processual o aumento da estabilização da interpretação dos tribunais e o fortalecimento da jurisprudência, “visando atender a esta ideia de superação dos obstáculos por meio de ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais em processos repetitivos e, com isso, alcançar a efetiva duração razoável do processo.” (ARAÚJO, José Henrique Mouta. A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. *Revista de Processo – RePro*, nº 252, fev. 2016, p. 258).

tese, a prestação jurisdicional, uma vez que dispensa a rediscussão de todas as questões nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário¹⁰¹.

É de interesse de todos, afinal, justamente para que a resposta do Poder Judiciário seja mais célere e igualitária, indiscriminadamente, que o Direito seja uniformizado e haja pronta aplicação dos precedentes judiciais já consolidados¹⁰².

A doutrina ressalta, ainda, que a observância de precedentes judiciais tem o efeito de entregar soluções eficientes e céleres a casos, de modo que sua não aplicação pode significar o atraso na prestação jurisdicional¹⁰³. Com posicionamento semelhante, José Rogério Cruz e Tucci¹⁰⁴ e Evan H. Caminker¹⁰⁵ afirmam que a observação do precedente inibe o ajuizamento de ações e interposição de recursos, permitindo maior eficiência ao Estado.

Apesar de concordar que todas as razões anteriormente apontadas são relevantes e justificam a adoção de um sistema de precedentes judiciais, é imperioso reconhecer, pelo menos em relação ao Processo Penal, a garantia da igualdade como pilar de sustentação desse posicionamento. A Constituição Federal, em seu art. 5º, dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Extrai-se, da leitura do texto constitucional, a vedação de tratamento desigual a questões, situações ou pessoas, salvo quando necessário para a realização da própria igualdade.

É inegável a importância da igualdade, entendida como isonomia ligada ao princípio do contraditório, garantindo às partes, em razão da previsão legal, a paridade de armas e oportunidades de informação, ação e reação no processo¹⁰⁶.

¹⁰¹ Para William Pugliese, “o respeito ao precedente é um pré-requisito à eficiência da justiça, uma vez que os juízes não têm tempo de se debruçar sobre todas as questões e sobre todos casos.” (PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 54).

¹⁰² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2013, p. 305. O autor afirma, ainda, que a emissão de novas súmulas potencializaria a eficácia prática dos entendimentos já fixados, agilizando os julgamentos. (Id., ibid., p. 459). Sobre o tema, vide também PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, pp. 60-61.

¹⁰³ CAMINKER, Evan H. Op. cit., 1994, p. Apesar de as obras indicarem que o uso de precedentes pode agilizar a tramitação processual ou diminuir a quantidade de ações/recursos em tramitação, não foram encontrados – até o presente momento – dados empíricos que demonstrem numericamente tal conclusão.

¹⁰⁴ Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci afirma que “na verdade, a exigência de interpretação e aplicação, tanto quanto possível, homogênea do *ius positum*, tem efetivamente ocupado a atenção do legislador pátrio, inclusive por certo, como meio de minimizar o afluxo exagerado de demandas.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2015, p. 448). Para William Pugliese, “a previsibilidade das decisões reduz os custos do Poder Judiciário”, já que a quantidade das ações/recursos tende a diminuir. (PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 18 e 65).

¹⁰⁵ Essa justificativa não é suficiente para sustentar a teoria de vinculação, já que o custo não é o objetivo final, mas a justiça. (CAMINKER, Evan H. Op. cit., 1994, p.).

¹⁰⁶ Segundo Ada Pellegrini Grinover “a quem age e a quem se defende em juízo devem ser asseguradas as mesmas possibilidades de obter a tutela de suas razões.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do Direito Processual* (de acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18). Ainda, sobre os elementos essenciais do contraditório,

Luiz Guilherme Marinoni afirma, todavia, que “é uma grande ingenuidade supor que o texto legal somente possa ter um significado ou uma interpretação”¹⁰⁷ e que “se há uma definição judicial de direito fundamental, ou mesmo acerca do significado de uma lei federal, todos devem ser tratados igualmente perante elas”¹⁰⁸.

A previsão constitucional da igualdade tornar-se-ia inócua se, em virtude de lei, as partes de um mesmo caso fossem tratadas igualmente uma em relação à outra, mas se o Poder Judiciário pudesse tratá-las de maneira diferenciada em relação a outro caso idêntico anteriormente julgado.

A uniformidade na aplicação do Direito é um valor fundamental para os ordenamentos jurídicos, sendo o caminho para a certeza sobre o conteúdo da lei e a melhor forma de fazer com que casos análogos tenham decisões iguais¹⁰⁹.

Como mencionado anteriormente, a lei e o entendimento dos tribunais guiam o comportamento humano, e são os parâmetros que pautam as escolhas dos indivíduos em relação aos seus atos e omissões¹¹⁰. A estabilidade jurisprudencial permite elevado grau de certeza sobre comportamentos a serem praticados pelo jurisdicionado¹¹¹, enquanto o princípio da igualdade permite tratamento judicial igualitário àqueles que praticaram o mesmo comportamento ou comportamentos semelhantes¹¹².

Assim, enquanto a previsibilidade garante que as consequências dessas escolhas sejam previamente conhecidas, a igualdade, mediante o uso de precedentes judiciais, garante que situações fático-jurídicas semelhantes tenham a mesma solução judicial¹¹³. A

vide SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 57. José Rogério Cruz e Tucci afirma que a criação dos precedentes decorre de discussão das questões entre as partes e, por isto, a “a jurisprudência é fruto do esforço conjunto dos juízes e dos advogados.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2013, p. 234). A ausência de menção do Ministério Público não desqualifica a afirmação do autor, uma vez que o texto do qual foi extraída trata prioritariamente de processo civil.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 115.

¹⁰⁸ Id., *ibid.*, p. 114.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

¹¹⁰ As decisões judiciais devem ser previsíveis para nortear a conduta ou omissão humana, conforme lição de GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Op. cit., 2016, p. 508; PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 49.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2015. Para José Rogério Cruz e Tucci, preservar as correntes predominantes da jurisprudência “constitui obra de boa política judiciária, porque infunde na sociedade confiança no Poder Judiciário.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 448 e 456). Vide, também, MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 157.

¹¹² Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a autora, “a garantia da legalidade está na igualdade com que devem ser tratados todos os cidadãos e na possibilidade de conhecer o direito antes de optar pela prática de determinada conduta.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 99 e 105).

¹¹³ Segundo Lucas Buril Macêdo, a igualdade reforça a imparcialidade, pois mesmo analisando individualmente cada caso concreto, o juiz deve dar o mesmo tratamento aos casos iguais, observando precedentes judiciais existentes. O autor afirma que a adoção dos precedentes judiciais “garante critérios

igualdade é, portanto, um fundamento constitucional para a sua adoção, justamente como instrumento capaz de evitar injustiças pelo tratamento diferenciado em casos semelhantes¹¹⁴.

No âmbito penal, a estabilidade e a observância dos precedentes judiciais, além de garantir o tratamento igualitário àqueles que praticaram o mesmo comportamento ou que possuem situações jurídico-processuais semelhantes, delimitam o alcance do Direito e realizam o princípio da legalidade penal no plano concreto, pois representam uma “importante via para assegurar ao cidadão os valores contidos na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*”¹¹⁵.

É bem verdade que o princípio da legalidade, representado pela reserva legal e taxatividade, está consagrado no texto constitucional (art. 5º, inc. XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), competindo ao Poder Legislativo, a criação e alteração dos tipos penais por meio de lei federal. A interpretação judicial, portanto, é uma etapa importante da aplicação do texto legal aos casos postos em julgamento, já que o mesmo não é suficiente para a aplicação igualitária e previsível do Direito Penal e Processual Penal, requerendo sempre uma interpretação¹¹⁶.

É inegável, como defende José Rogério Cruz e Tucci, que as decisões dos tribunais, ao interpretarem os textos legais, criam Direito, ou seja, são fonte do Direito, mesmo em países originariamente de Direito codificado (*civil law*), como é o caso do Brasil¹¹⁷.

mais seguros para demonstração de disparidades injustificadas de tratamentos pelos juízes e tribunais.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 158).

¹¹⁴ Lucas Buril de Macêdo faz a ressalva que a continuidade das decisões judiciais “garante que os jurisdicionados sejam tratados igualmente, todavia, não pode assegurar que esse tratamento igual é o melhor tratamento possível.” (Id., *ibid.*, p. 155). Mariângela Gama de Magalhães indica decisão do Tribunal Constitucional espanhol (sentença 8/1981) em que ficou assentada ofensa à igualdade quando um mesmo preceito for aplicado desigualmente em dois casos iguais, por motivações arbitrárias (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 102).

¹¹⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 98. Uma ressalva é necessária neste momento. Não foi objeto deste estudo a criação de tipos penais ou o alargamento dos já existentes, pela jurisprudência. A este respeito, vide o estudo detalhado de GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008.

¹¹⁶ Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes “somente pelos textos legais, por maiores que sejam os esforços dos membros do Poder Legislativo, não é possível garantir ao cidadão um ordenamento jurídico-penal que assegure um direito uniformemente aplicado a todos sem distinção.” (Id., *ibid.*, pp. 1-2 e 30-31). Sobre a taxatividade, reserva legal e anterioridade da lei penal e a relação com a atuação judicial, a mesma autora afirma que o princípio “guarda estreita relação com a previsibilidade das consequências penalmente relevantes de uma conduta humana.” (Id., *ibid.*, pp. 10-28 e 97).

¹¹⁷ Dentre todos, vide a obra de CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Op. cit., 1996, p. 223-224; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 169. Luiz Guilherme Marinoni afirma a esse respeito que “quando a norma jurídica fixada pela jurisdição configura precedente obrigatoriamente aplicável a outros casos, seria possível aproximá-la da norma criada pelo legislador.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 74).

Assim, apesar da aproximação dos sistemas *civil e common law* e o aumento da importância dos precedentes na aplicação do Direito aos casos concretos, no âmbito penal, a primazia da lei, especialmente na criação e delimitação dos tipos penais e das penas correspondentes, não pode ser totalmente substituída pela atividade judiciária¹¹⁸. Para que os indivíduos, contudo, tenham conhecimento adequado sobre as condutas delituosas (“certeza do direito”), é imprescindível que as dúvidas na interpretação da lei sejam sanadas e que tal interpretação seja homogênea perante os tribunais pátrios¹¹⁹, o que ressalta, mais uma vez, a importância da observância dos precedentes judiciais.

2.3 OS EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: VINCULANTE E PERSUASIVO

A força dos precedentes judiciais refere-se à intensidade da influência exercida pela *ratio decidendi* nos casos futuros¹²⁰, podendo ser vinculante ou meramente persuasiva. Dependente de cada ordenamento jurídico¹²¹, ela pode, inclusive, ser variável dentro de um mesmo país, seguindo a determinação da autoridade do órgão que proferiu a decisão, da formação da maioria de votos convergentes com os mesmos fundamentos ou de eventual previsão legal, como no Brasil.

A força persuasiva é a “eficácia mínima de todo precedente”¹²². Significa que a decisão judicial tem apenas capacidade argumentativa, sem autoridade vinculativa formal, consistindo apenas em autoridade de fato ou moral¹²³. O Enunciado n° 315, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), dispõe que “nem todas as decisões formam

¹¹⁸ Para Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “o papel do jurista não é outro senão apenas interpretar as escolhas político-criminais contidas na lei.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 43). Sobre a (ir)retroatividade do entendimento dos tribunais, vide item 4.4 deste estudo.

¹¹⁹ Id., *ibid.*, pp. 73 e 97. A autora apresenta exemplos de contrastes na jurisprudência brasileira em matéria penal que dificultam o conhecimento pleno sobre as condutas delituosas e seus elementos típicos (Id., *ibid.*, pp. 79-95).

¹²⁰ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 115; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 22.

¹²¹ O estudo aprofundado de D. Neil MacCormick, Robert S. Summers e Arthur L. Goodhart compara diversos ordenamentos jurídicos europeus e indica tratamento diferenciado em relação à eficácia dos precedentes naqueles países. (MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997).

¹²² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 529.

¹²³ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 116. A jurisprudência no Brasil Imperial tinha apenas autoridade doutrinária e moral. (FRANÇA, Rubens Limongi. Op. cit., 1974, p. 158).

precedentes vinculantes”¹²⁴, admitindo-se, portanto, a existência de decisões com efeito meramente persuasivo.

Os juízes, em qualquer instância ou Tribunal, não estão obrigados a seguir os precedentes com força persuasiva, podendo fazê-lo se estiverem convencidos da sua correção¹²⁵, por respeito às autoridades que o proferiram ou à segurança jurídica. Os precedentes persuasivos, porém, não podem ser completamente ignorados, uma vez que representam uma orientação da jurisprudência¹²⁶.

Em posição diametralmente oposta encontra-se o precedente vinculante, de observância obrigatória (*binding precedent*) ou dotado de autoridade vinculante. Nesses casos, a *ratio decidendi* tem o condão de vincular decisões posteriores em casos análogos, “obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação”¹²⁷. Por isso, é desimportante o posicionamento pessoal do juiz, pois deve observar orientação firmada anteriormente¹²⁸.

Como aduz Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o efeito vinculante consiste em “eliminar ou diminuir a ampla margem de liberdade que tem o juiz quando do julgamento do caso concreto”¹²⁹. Isso não significa, contudo, que o entendimento seja imutável ou eterno, tampouco que deveria ser aplicado mesmo que o caso apresentasse peculiaridades ou diferenças significativas em relação àquele que deu origem ao precedente judicial. Mesmo nas hipóteses de precedentes com observância obrigatória/eficácia vinculante, há possibilidade de superação do entendimento (*overruling*) ou afastamento da sua aplicação (*distinguishing*), técnicas de aplicação dos

¹²⁴ PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: JusPodvim, 2017.

¹²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 53.

¹²⁶ “O precedente com força persuasiva tem relevância jurídica, na medida em que serve de guia de orientação a ser adotada pelos julgadores. Sua particularidade, no entanto, é a potencial mobilidade que o reveste, sendo suscetível de modificação com maior facilidade frente às decisões com força vinculante.” (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, pp. 117-118). Para Patrícia Perrone Campos Mello, “ainda que os precedentes meramente persuasivos não constituam uma fonte formal, sempre constituirão uma fonte real do direito.” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 66).

¹²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 528.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 55. O autor considera que apenas as Cortes Superiores formam precedentes, por isto, quando afirma que os juízes inferiores devem seguir a orientação dos precedentes, refere-se às decisões oriundas daqueles tribunais. Sobre a existência de graus/pesos para os efeitos vinculante e persuasivo, vide MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 84.

¹²⁹ O fundamento para a diminuição é justamente o embasamento em decisões judiciais anteriores e a garantia da igualdade de tratamento das situações análogas. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 111).

precedentes judiciais oriundas dos sistemas de *common law*¹³⁰ aplicáveis no país, como adiante exposto.

Destarte, a eficácia do precedente decorre de premissas adotadas por cada ordenamento jurídico. Michele Taruffo afirma, com razão, que a corrente tradicional da doutrina erroneamente estabelece que os precedentes vinculantes (de observância obrigatória) são decorrentes dos sistemas de *common law*, ao passo que o efeito persuasivo é inerente aos sistemas de *civil law*¹³¹. Primeiro, porque tal como afirmado no item 1 supra, há uma crescente aproximação entre os sistemas de *common* e *civil law*, especialmente no tocante à importância de observância dos precedentes judiciais para a manutenção da estabilidade jurídica em países com predominância da lei escrita. Depois, porque mesmo nos Estados Unidos, país tradicionalmente de *common law*, reconhece-se a existência de precedentes não vinculantes ou de efeito meramente persuasivo¹³². E, por fim, porque não se exclui a possibilidade de existência de precedentes vinculantes em países de *civil law*, a exemplo do Brasil, que prevê na legislação Processual Civil que algumas decisões são de observância obrigatória (art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015).

Ao considerar que a força dos precedentes decorre, também, da organização do Poder Judiciário local, Michele Taruffo, em relação à dimensão institucional do precedente, divide-a entre vertical, horizontal e autoprecedente¹³³.

Enquanto o “autoprecedente” é a observância, pelo mesmo órgão julgador, daquilo que já foi decidido anteriormente, o “precedente vertical” decorre da posição hierárquica do juiz ou do Tribunal que profere o precedente em relação àqueles que o aplicarão¹³⁴. Assim, as decisões das Cortes Superiores têm maior autoridade quando comparadas às demais decisões provenientes de tribunais inferiores. Na dúvida sobre qual decisão tem maior força, “basta seguir a ordem recursal no caminho inverso”¹³⁵, sendo certo que as decisões das Cortes Superiores, mesmo quando não vinculantes, possuem maior grau de

¹³⁰ Michele Taruffo sustenta que mesmo no sistema inglês, em que o precedente é dotado de maior eficácia, há possibilidade de *distinguishing* e *overruling* para não se vincular. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 23).

¹³¹ Id., *ibid.*, p. 22. Adotando esta premissa no Brasil, tem-se MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 66.

¹³² TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010, p. 547.

¹³³ Id., *ibid.*, pp. 543-546.

¹³⁴ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 2.

¹³⁵ PUGLIESE, William. Op. cit., 2016, p. 53.

persuasão quando comparadas às proferidas pelos Tribunais de Justiça, e assim por diante¹³⁶.

Mas isto não significa, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, que todas as decisões proferidas pelas Cortes das instâncias Superiores tenham efeito vinculante, como defendem alguns autores¹³⁷.

Apesar de se considerar que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal possuem função nomofilática¹³⁸, não se pode reduzir a atuação apenas a isso¹³⁹, tampouco considerar que todas as suas decisões sejam vinculantes, como se verá no Capítulo 4 deste estudo. Mesmo a Constituição Federal de 1988, além da legislação infraconstitucional, prevê àquelas Cortes funções revisionais e de competência originária para julgamento de determinadas questões não relativas à uniformização de jurisprudência.

Especialmente quanto aos precedentes vinculantes, é necessário estabelecer quais Cortes os formarão, sendo natural que as de instância superior possuam autoridade revisional das decisões dos juízes.

Aceitar a verticalidade dos precedentes não anula a importância dos juízes de instância inferior, até porque estão subordinados à lei, sendo que a observância de decisões

¹³⁶ DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 23. Neil Andrews expõe sobre o efeito vinculante das decisões no sistema inglês: “a Suprema Corte, como sua predecessora, a *House of Lords*, tem poder de declarar qual é o direito, de forma vinculante para os demais órgãos do Judiciário inglês e galês e, no que diz respeito a algumas matérias, para todo o Reino Unido. Na Inglaterra, as decisões da Suprema Corte serão vinculantes para todos os outros tribunais.” Mesmo assim, o autor ressalva a possibilidade de alteração de entendimento de acordo com as regras (excepcionais) que autorizam o afastamento dos precedentes. (ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, v. 35, n° 186, ago. 2010, pp. 299-312, p. 310). Em regra geral, a força do precedente tem relação direta com o órgão que o proferiu, pois quanto mais elevado o nível da corte, maior autoridade tem o precedente, tanto que a verdadeira corte de precedentes italiana é o Tribunal Supremo. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, pp. 26-27). No mesmo sentido, tem-se Frederick Schauer (SCHAUER, Frederick. Op. cit., 2012), e Alfredo Buzaid, que afirma que “a influência exercida pelas decisões dos magistrados superiores tem outro fundamento, porque, independentemente da sua autoridade moral, aqueles magistrados têm o poder de fazer triunfar a sua doutrina pela reforma das decisões dos juízes inferiores; portanto, quando estes se conformam à jurisprudência de uma magistratura mais elevada, não cedem à autoridade moral, somente entram no espírito do legislador que, em sua sabedoria, estabeleceu os diversos graus de jurisdição.” (BUZOID, Alfredo. Op. cit., 1982, p. 160).

¹³⁷ Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni entendem que as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal têm efeito vinculante. No entanto, este não é o posicionamento deste estudo. (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012).

¹³⁸ Danilo Knijnik afirma que “o reflorescimento da jurisprudência, no plano das fontes do Direito, repercute sensivelmente na função desempenhada por tais Cortes”, que os recursos especial e extraordinário não representam uma terceira instância e que prevalece a teoria da preponderância da função nomofilática naquelas Cortes. (KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 99 e 105).

¹³⁹ Para Danilo Knijnik o recurso especial aproxima-se, também, da revisão e, em raras vezes, da cassação. (Id., *ibid.*, p. 107).

hierarquicamente superiores não diminui o seu prestígio¹⁴⁰. Ao tratar, inclusive, do Direito norteamericano, Evan H. Caminker mostra preocupação com o crescente reconhecimento do juiz inferior perante o precedente da Suprema Corte, sob a justificativa de decidir de acordo com a Constituição e não de acordo com o próprio precedente. O autor critica tais posicionamentos, explicando a doutrina do precedente hierárquico e reconhecendo que as Cortes inferiores deveriam se portar como vozes das Cortes superiores, em exercício pragmático de aplicação de posicionamentos históricos, sem prevalência de convicções pessoais de magistrados, prestigiando trabalhos já realizados por razões de economia¹⁴¹.

Trata-se, portanto, de questão decorrente da organização judiciária (posição hierárquica dos tribunais) e da adoção de um sistema de precedentes – mesmo que apenas persuasivos – com o objetivo de garantir igualdade no tratamento do jurisdicionado e evitar contrastes jurisprudenciais¹⁴².

Além dos precedentes verticais, Michele Taruffo aponta a existência do “precedente horizontal”, identificado como aquele que é aplicado na organização judiciária por órgão do mesmo nível hierárquico (equiparação horizontal). Frederick Shauer defende como obrigatória a sua observância pela autoridade temporal, já que existe decisão sobre o mesmo tema proferido anteriormente¹⁴³. Já Michele Taruffo expõe que geralmente o efeito do precedente horizontal é meramente persuasivo, sem observância obrigatória¹⁴⁴, uma vez que inexistente superioridade – tampouco diferença hierárquica – entre o órgão que formou o precedente e aquele que o aplicou¹⁴⁵.

¹⁴⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 113. Evaristo Aragão Santos expõe que apesar das decisões dos juizes de primeira instância não formarem precedentes, estes magistrados possuem grande importância, devendo enxergar suas decisões como mandamentos não apenas para as partes, mas para a sociedade como um todo. E, por isto, devem dar atenção à padronização de entendimento em razão da observância do que já foi decidido pelas instâncias superiores. (SANTOS, Evaristo Aragão. Op. cit., 2012, pp. 159-161). No mesmo sentido, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC*. Lei nº 13.105, de 16.03.2015. Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 157).

¹⁴¹ CAMINKER, Evan H. Op. cit., 1994, p.

¹⁴² Mariângela Gama de Magalhães Gomes define os contrastes jurisprudenciais, diferencia os contrastes sincrônicos e diacrônicos e apresenta inúmeros exemplos na jurisprudência brasileira. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, pp. 76-94). O Enunciado nº 172 do FPPC dispõe que “a decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo: JusPodvim, 2017).

¹⁴³ Segundo Frederick Shauer, “*horizontal precedent is about treating temporal priority as sufficient grounds for authoritative in its own right.*” (SHAUER, Frederick. Op. cit., 2012, p. 3).

¹⁴⁴ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 27; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2010, p. 545.

¹⁴⁵ Exemplo esclarecedor é apresentado na obra de François Rigaux. O autor afirma que o princípio do precedente tem relação com a hierarquia das jurisdições e aplicação nas instâncias inferiores às Cortes de onde emanam as decisões, não tendo a mesma autoridade perante a própria Corte Suprema que a emanou, mesmo nos Estados Unidos da América ou na Inglaterra após o *Practice Statement*, em 1966, da *House of Lords*. (RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 155). Sobre o *Practice Statement*, em 1966 vide CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 158/159;

2.4 A MOTIVAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE

A Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 93, inc. IX, que todas as decisões judiciais deverão ser motivadas¹⁴⁶. A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou parcialmente o dispositivo para estabelecer a nulidade como consequência dos vícios de motivação: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

Além disto, a Convenção Americana de Direitos Humanos prevê em seu art. 8.1 a mesma garantia e, não por outra razão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que o dever de motivar é uma garantia vinculada à correta administração da Justiça, que protege o direito dos cidadãos de serem julgados pelas razões que o Direito proporciona e outorga credibilidade às decisões em uma sociedade democrática¹⁴⁷.

Ao ser analisada no plano processual do caso concreto, a motivação das decisões judiciais permite às partes conhecer as razões de decidir, possibilita crítica ao seu conteúdo e eventual impugnação¹⁴⁸ – esta, portanto, é sua função “endoprocessual”.

Por outro lado, a motivação também possui uma função externa ao processo (“extraprocessual”), pois garante à sociedade a possibilidade de controle da atividade jurisdicional¹⁴⁹, viabilizando a análise sobre a legalidade da decisão¹⁵⁰ e crítica sobre

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 41.

¹⁴⁶ Apesar dos dois dispositivos constitucionais se referirem à presente garantia como “fundamentação” das decisões, adota-se, como faz a doutrina, a expressão “motivação das decisões judiciais”, mesmo que sejam ambas quase que sinônimas (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013; CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. Tese (Livre-docência) – São Paulo, 1987; TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975).

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Apitz Barbera e outros x Venezuela*. Sentença de 5 de agosto de 2008, capítulo 5, item 77 (tradução livre da autora).

¹⁴⁸ SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 24; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação “*per relationem*”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 10, nº 38, abr./jun. 2002, p. 124, quando afirma que “trata-se de um fundamento interno da motivação, ressaltando sua finalidade técnico-processual.”

¹⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 42.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas Tendências do Direito Processual* (De acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 34. Aury Lopes Júnior afirma que “Para o controle de eficácia do contraditório e do direito de defesa, bem como de que existe prova suficiente para sepultar a presunção de inocência, é fundamental que as decisões judiciais (sentenças e decisões interlocutórias) estejam suficientemente motivadas. Só fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático. Nesta linha, está expressamente consagrada no art. 93, IX, da CB.” (LOPES JÚNIOR, Aury.

qualquer pronunciamento decisório¹⁵¹, pois “sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme à lei”¹⁵².

Como preceitua Enrico Tullio Liebman, em um Estado de Direito é “necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou.” Para o autor, somente assim a motivação será reconhecida como garantia contra o arbítrio¹⁵³. Assim, como aduz Gustavo Badaró, a motivação das decisões é muito mais que uma garantia individual, “é uma exigência inerente ao próprio exercício da função jurisdicional”, garante transparência à decisão e permite um controle generalizado sobre a atuação do juiz¹⁵⁴.

A adoção de um sistema de precedentes pressupõe que as decisões judiciais sejam devidamente motivadas. A extração da *ratio decidendi*, elemento do precedente judicial analisado no item a seguir, depende da motivação das decisões judiciais. É bem verdade, como aponta Antonio de Magalhães Gomes Filho que, apesar de na *common law* inexistirem prescrições escritas exigindo a motivação, a adoção dos precedentes judiciais pressupõe a exposição dos motivos na decisão, sob pena de ser impossível identificar a *ratio decidendi*¹⁵⁵.

Não restam dúvidas, portanto, que a formação de precedentes judiciais depende diretamente da motivação das decisões judiciais. Mas não é só. Como será exposto em item subsequente (*distinguishing*), a motivação é importante também quando da aplicação dos precedentes, pois se exige a comparação entre o caso que deu origem ao precedente e o novo em que será aplicado. Como sustenta Rodrigo Ramina de Lucca, “a motivação das decisões judiciais não pode ficar restrita à (importantíssima) função que tradicionalmente lhe é atribuída no *civil law*.” Para o autor, a motivação contribui para “promover a

Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, v. 2, 2010, p. 352).

¹⁵¹ Tem-se que o dever constitucional de motivar é uma garantia inserida para “*la tutela de los individuos frente al poder estatal y en particular, frente a las manifestaciones de ese poder a través de la jurisdicción*.” (SALAVERRIA, Juan Igartua. Op. cit., 2003, p. 24).

¹⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano IV, v. 16, 4º trim. 1978, p. 116. E afirma o autor que “só a obrigatoriedade e a publicidade de motivação permitem o exercício eficaz do controle extraprocessual.” (Id., *ibid.*, p. 123). Para Enrico Tullio Liebman, a motivação apresenta-se como garantia contra o arbítrio (LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. Trad. Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, v. 8, nº 29, jan./mar. 1983, p. 80).

¹⁵³ Id., *ibid.*, p. 80.

¹⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., abr./jun. 2002, p. 125). Por sua vez, mas não com posicionamento diferente, Luigi Ferrajoli afirma que a motivação constitui o principal parâmetro tanto da legitimação interna (jurídica) quanto externa (democrática) da função judicial (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 623).

¹⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 62.

segurança jurídica, assim como faz na *common law*, tornando clara a aplicação do Direito pelo Poder Judiciário, e garantindo que essa aplicação será repetida em causas análogas”¹⁵⁶.

E, em sendo verificadas diferenças relevantes que ensejem a não aplicação do precedente judicial, mesmo que vinculante ao novo caso, o afastamento pressupõe a exposição dos motivos para tal providência. A superação de precedentes judiciais (*overruling*) também exige motivação adequada, com a exposição das relevantes razões que ensejaram a modificação do entendimento.

Para Luiz Fux e Bruno Bodart,

a uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela novel legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais seguras para a aplicação do direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados¹⁵⁷.

Sabe-se que a motivação das decisões relaciona-se intrinsecamente com a publicidade dos atos porque assegura a imparcialidade e a independência do juiz, garantindo um correto exercício da função jurisdicional¹⁵⁸, viabilizando a análise sobre a legalidade da decisão¹⁵⁹, pois “sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme à lei”¹⁶⁰. Trata-se, como afirma Antonio Magalhães Gomes Filho, da “exigência mais ampla de transparência no exercício do poder”¹⁶¹.

Não por outra razão, as discussões durante a tramitação do projeto legislativo que deram origem ao Código de Processo Civil, de 2015, enfatizaram não apenas aos precedentes judiciais e à necessidade de estabilidade e de coerência da jurisprudência, mas também à motivação das decisões judiciais, estabelecendo inclusive quando será considerada insuficiente (art. 489, § 1º, CPC, de 2015).

A análise detalhada de duas dessas hipóteses, diretamente ligadas à utilização dos precedentes judiciais será feita em tópico distinto. Mas desde já destaca-se que “não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto

¹⁵⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 258.

¹⁵⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 401.

¹⁵⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., 2013, p. 42; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: RT, 1995. p. 117.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., 1990, p. 34.

¹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano IV, v. 16, 4º trim. 1978, p. 116.

¹⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., 2013, p. 42.

normativo ou ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha”¹⁶².

Diante da nítida importância para a formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais, passa-se a analisar seus elementos sob a ótica da adoção do *stare decisis* no país.

2.5 *RATIO DECIDENDI E OBITER DICTUM*

Nem todo o conteúdo das decisões judiciais integra, efetivamente, os precedentes. Não obstante a premissa de que o precedente judicial é uma decisão judicial que deve ser considerada como um todo¹⁶³, apenas a parte mais relevante da decisão pode ter autoridade vinculante e, para tal avaliação e determinação, é imprescindível a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Apesar da definição de *ratio decidendi* ou *holding*¹⁶⁴ ser bastante controversa na doutrina da *common law*¹⁶⁵, pode-se definir, para fins deste estudo, que se trata das razões essenciais para decidir ou os fundamentos determinantes¹⁶⁶, ou seja, a tese jurídica usada para solucionar o caso concreto, constituindo uma norma jurídica geral e abstrata que

¹⁶² NUNES, Dierle. *Novo CPC: Fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Por sua vez, Cássio Scarpinella Bueno afirma que “*fundamentações padronizadas e sem que sejam enfrentados os argumentos e as teses trazidos pelas partes não serão mais aceitos*” BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325.

¹⁶³ A afirmação decorre das premissas anteriormente adotadas de que (i) todo precedente judicial é, antes de tudo, uma decisão judicial; e (ii) conforme o sentido amplo que conceitua o precedente, a decisão deve ser considerada como um todo.

¹⁶⁴ Terminologia do direito inglês e estadunidense respectivamente. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 43).

¹⁶⁵ Lucas Buril de Macêdo expõe, com precisão, as discussões sobre o tema na doutrina estrangeira com explicação sobre os métodos de identificação da *ratio decidendi*, de acordo com cada visão doutrinária. E, ao tratar do sistema brasileiro, afirma que “*não existe um único método válido ou legítimo, pelo contrário, são encontradas múltiplas formas, podendo cada uma delas ensejar resultados distintos e até contrários, não sendo possível selecionar uma delas como correta ou superior a priori.*” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 313 e 319). Sobre os métodos, também vide ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, pp. 107-111; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, pp. 295-306.

¹⁶⁶ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 309. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “*trata-se da proposition of law* (= proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 44).

poderá ser utilizada em casos futuros, a depender da similitude fática. Trata-se, portanto, de norma jurídica (regra ou princípio) contida na decisão judicial¹⁶⁷.

A *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação da decisão judicial, apesar de nela se encontrar¹⁶⁸, tampouco corresponde ao relatório e dispositivo, uma vez que é a norma determinante para o alcance da solução do caso posto a julgamento¹⁶⁹.

A definição desse elemento é essencial justamente porque apenas a *ratio decidendi* pode adquirir efeito vinculante, ou seja, pode constituir a parcela de observância obrigatória do precedente¹⁷⁰. Evita-se, assim, que questões não essenciais da decisão ou não estritamente ligadas aos fatos do caso anterior, sejam eventualmente consideradas vinculantes para casos subseqüentes¹⁷¹.

A *ratio decidendi* não se confunde com o *obiter dictum*, outro elemento que pode surgir na motivação da decisão, mas de “argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia”¹⁷². Trata-se de um argumento incidental, lateral ou comentário/observação tangencial de passagem que não possui importância para a solução do caso concreto ou que não é objeto da causa¹⁷³. Ou, ainda, uma questão que não foi suficientemente debatida entre as partes pela sua irrelevância¹⁷⁴. Com isso, reafirma-se a importância do contraditório e do debate entre as partes para a formação do

¹⁶⁷ Como expõe Lucas Buril de Macêdo, “*ratio decidendi* é a norma jurídica constituída para o caso concreto, podendo ser tanto uma regra como um princípio.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 327). No mesmo sentido, ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 106.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 222. Outros autores afirmam que a *ratio decidendi* decorre da fundamentação do julgado, “porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 515).

¹⁶⁹ Segundo Francisco Rosito, “constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta.” (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 107).

¹⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 456; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, pp. 292-293. Neste sentido é o Enunciado nº 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo: Juspodvim, 2017). Também vide MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/2015 e o dever e manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 494.

¹⁷¹ DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, pp. 26-27. Lucas Buril Macêdo enfatiza a despreocupação anterior da doutrina de *civil law* em definir os elementos, cenário alterado diante da atual importância dos precedentes no país. (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, pp. 307-308).

¹⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2013, p. 255; DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, pp. 26-27.

¹⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 516; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 125.

¹⁷⁴ Outros incluem os referenciais normativos impertinentes ou inaplicáveis, além do conteúdo do voto vencido em decisão colegiada. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 517). Lucas Buril de Macêdo afirma que o “*obiter dictum* geralmente não é debatido sequer entre os próprios julgadores, constando apenas dos arrazoados de um único julgador.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 338).

precedente¹⁷⁵, já que apenas questões discutidas perante um juiz imparcial¹⁷⁶ formam a *ratio decidendi*, sendo os demais argumentos da decisão considerados *obiter dictum* sob pena de criação ilegítima de precedentes em razão de decisão sobre pontos não levados à jurisdição ou não serem objeto de discussão¹⁷⁷.

O *obiter dictum* geralmente é definido depois da identificação e da separação da *ratio decidendi*, por exclusão, uma vez que é tudo o que não se considera *ratio*

¹⁷⁵ Neste sentido, vide COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Valdimiro. Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processual nella prospettiva compararistica. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, v. II, pp. 480-482. Simona Carlotta Sagnotti fala que o contraditório constitui o direito das partes de contribuir na formação dos elementos que serão usados pelo juiz na formação da decisão. (SAGNOTTI, Simona Carlotta. Il contraddittorio. *Processo Penale e Costituzione*. Giuffrè, 2010, p. 342). Ainda, SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Coleção Repercussões do Novo CPC, volume 13. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 78. O autor ressalta a importância de debate de todas as questões jurídicas e fáticas para a formação da decisão. Denis Sampaio adverte que “o conteúdo dos atos decisórios caracteriza-se pelo apoio nas questões previamente debatidas pelas partes, com vedação expressa das decisões-surpresas (nas matérias não debatidas e, portanto, onde as partes não exerceram a efetiva influência no ato decisório).” (SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, pp. 25 e 34/35 (Coleção Repercussões do Novo CPC). E, ainda, “quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício, nos parece que o processo penal não deva seguir na contramão desta regra. O que se pretende evitar é a chamada ‘decisão-surpresa’ e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.” (SILVA, Franklyn Roger Alves. Op. cit., 2016, p. 79).

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Os reflexos da vinculação aos precedentes prevista no Código de Processo Civil de 2015, no processo penal. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil*: elas escrevem. Recife: Armador, 2016, p. 244.

¹⁷⁷ A este respeito vide MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, pp. 339-340; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, pp. 517 e 545. Neste sentido, é o Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”, e também o Enunciado nº 460 do FPPC (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017). Francisco Rosito afirma que o *obiter dictum* “não corresponde ao conteúdo total dos debates, decorrentes das afirmações das partes sobre os fatos controvertidos e dos elementos constantes nos autos, o que ratifica o seu caráter não essencial.” (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 113). Sobre a vedação de decisão surpresa no Direito brasileiro, vide LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei nº 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 329-331. Uma breve exposição sobre o Direito estrangeiro é encontrada em THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16.03.2015*. Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 135-141 e 144-145. Para Denis Sampaio, as novas previsões sobre o contraditório no CPC/15 têm como objetivo avançar de apenas equilíbrio entre as partes para uma concepção substancial da garantia como método de formação da decisão. (SAMPAIO, Denis. Op. cit., 2016, p. 23). Sobre o tema no Direito italiano, chamada de “decisão de terceira via”, vide BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 39.

*decidendi*¹⁷⁸. Michele Taruffo aponta exemplos do que pode ser considerado *obiter dictum*, mas a sua confirmação depende da análise detida de cada caso concreto: princípios jurídicos citados na decisão, mas não elementares para a solução do caso; observações sobre os fatos e valoração de provas, discussão sobre questões hipotéticas, juízos de valor não relacionados com a interpretação da normas utilizadas como razão de decidir, dentre outros¹⁷⁹.

Justamente por ser um elemento não essencial à solução do caso concreto, entende-se que o *obiter dictum* não tem efeito vinculante e não pode ser invocado como precedente vinculante para os casos subsequentes¹⁸⁰. Na visão de Michele Taruffo, apesar de lhe ser atribuído apenas o efeito persuasivo, não se pode excluir a possibilidade de ter uma eficácia intensa, já que exerce influência na formação da jurisprudência¹⁸¹. Assim, o *obiter dictum* não é desprezível e pode sinalizar uma futura orientação do tribunal¹⁸². Sua força, em verdade, depende de vários fatores, dentre os quais: o tribunal de origem, sua formação e argumentação, além do seu acolhimento na doutrina¹⁸³.

A diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* não é tão simples na prática. Neil Duxbury afirma que é infinitamente mais fácil falar do que fazê-la, uma vez que a separação dos elementos não é automática e, em alguns casos, parece não haver razões para decidir ou possuir mais de uma¹⁸⁴, o que pode acarretar, às vezes, a utilização de

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010, p. 547; MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 338.

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2010, p. 547.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 21. Exemplos semelhantes são encontrados em MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 338.

¹⁸¹ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2010, p. 548; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, pp. 125-126. Marília Siqueira da Costa afirma que “em que pese seu caráter secundário, o *obiter dictum* não deve ser desprezado, visto que poderá sinalizar uma mudança de orientação do Tribunal, que implicará futuro *overruling*, bem assim ser a ele atribuído efeito persuasivo na fundamentação da decisão judicial que vier a realizar a efetiva superação do precedente.” (COSTA, Marília Siqueira da. *Superação do precedente judicial e o princípio da confiança*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013, p. 36).

¹⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 518.

¹⁸³ José Rogério Cruz e Tucci afirma que “a despeito de não possuírem qualquer autoridade para predeterminar futuros julgamentos, gozam de valor persuasivo, diretamente proporcional ao prestígio da corte que os expressa.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2013, p. 255). Neste sentido, também; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 307. Para Lucas Buril de Macêdo, “é pouco provável conseguir precisar o grau de força persuasiva que os *obiter dicta* apresentarão nos casos subsequentes, pois depende tanto das circunstâncias que se apresentem como da argumentação perpetrada pelas partes, dados que são sempre contingenciais.” (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 339 e 341). François Rigaux afirma que a força do *obiter dicta* é incerta já que apesar de não constituir o fundamento principal, ou mais relevante, “é possível detectar ali uma convicção do juiz ainda mais forte porque adere a ele sem necessidade imediata.” (RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 321).

¹⁸⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 120.

qualquer parte da decisão como precedente¹⁸⁵. A problemática, porém, é maior nos casos mais complexos¹⁸⁶ e naqueles em que há votos coincidentes no resultado, mas com fundamentos jurídicos diferenciados¹⁸⁷. Há quem defenda, inclusive, que os acórdãos devam possuir uma linearidade argumentativa para que sejam “verdadeiros modelos (padrões) decisórios (*standards*)” e, assim, gerar estabilidade, coerência e igualdade¹⁸⁸.

De qualquer sorte, o importante para a aplicação futura do precedente, em decorrência de sua força vinculante ou persuasiva, é a identificação da tese jurídica prevalente a ser utilizada como referência nos julgamentos futuros de casos que envolvam fatos análogos¹⁸⁹.

2.6 DECISÕES JUDICIAIS NÃO MOTIVADAS E A RELAÇÃO COM PRECEDENTES JUDICIAIS – ANÁLISE DO ART. 489, § 1º, INCS. V E VI, DO CPC, DE 2015

O Código de Processo Civil, de 2015, não se limitou a dar maior importância às decisões colegiadas e à manutenção da estabilidade da jurisprudência nos tribunais, mas também se preocupou com as decisões omissas e com aquelas cuja fundamentação estava apenas referenciada¹⁹⁰. Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, “os aludidos novos dispositivos legais acerca do dever de motivação, inseridos no Projeto do CPC, reforçam a

¹⁸⁵ Neil Duxbury afirma, inclusive, que está prestes a falir a criação de um método seguro de identificação da *ratio decidendi* nos casos concretos. (DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 26). Michele Taruffo também alerta para esta dificuldade (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2010, pp. 543-547; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, pp. 20-21) enquanto Francisco Rosito e Patricia Perrone Campos Mello falam da sua distinção e dificuldade na prática (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 113; MELLO, Patricia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 127).

¹⁸⁶ Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que interpretar o precedente e identificar seus elementos é tão (ou mais) difícil que interpretar a lei. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 52).

¹⁸⁷ Mesmo nos casos de julgamento unânime, Rodrigo Ramina de Lucca afirma ser problemática a identificação da *ratio decidendi* muitas vezes porque “o acórdão independe da confluência das razões jurídicas dadas por cada magistrado”, já que o acórdão é relatado por apenas um dos julgadores, e “a motivação apresentada no acórdão nem sempre reflete, necessariamente, a opinião de todos os magistrados que o compõem.” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 293-294). No mesmo sentido, vide FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 406. Ainda sobre a dificuldade de encontrar uma *ratio decidendi* comum, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Op. cit., 2016, p. 150; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 272-273.

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. Op. cit., 2016, p. 154.

¹⁸⁹ Para José Rogério Cruz e Tucci, “a *ratio decidendi* [...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 175). Ainda, vide ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 115; TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, pp. 315-316.

¹⁹⁰ PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; FONSÊCA, Vitor. A fundamentação *per relationem* e o CPC/15. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 126.

ideia de que a moderna concepção de ‘processo justo’ não compadece qualquer resquício de discricionariedade judicial”¹⁹¹.

Os incs. do art. 489, § 1º, do CPC, de 2015, dispõem hipóteses que não atendem à exigência constitucional da motivação das decisões judiciais, pois tratam de parâmetros de qualidade, não constituindo fundamentação que satisfaz¹⁹².

A lógica adotada pelo Código de Processo Civil, de 2015, portanto, visou materializar, de forma mais clara, a garantia da motivação das decisões judiciais previstas na Constituição Federal, sendo o § 1º do art. 489 de observância obrigatória em todas as instâncias e decisões, colegiadas ou não.

Segundo Rogério Schietti Cruz, seus incisos são “mera explicitação normativa” dos vícios formais que comprometem a decisão judicial, mas agora com previsão legal mais forte, uma vez que estão no Código de Processo Civil, de 2015¹⁹³. Os incisos não elencam novos requisitos da sentença, já previstos no *caput* do mesmo artigo, mas são uma “verdadeira barreira contra fundamentações de cunho genérico”¹⁹⁴.

A aplicação do § 1º do art. 489 do CPC, de 2015, ao Processo Penal, já foi objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em algumas oportunidades, pela aplicação supletiva e subsidiária do artigo ao processo penal¹⁹⁵.

¹⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta). *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 6, 2011, p. 412.

¹⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 793. Federico D. Sedlacek afirma que o precedente requer uma carga maior de motivação e argumentação jurídica, uma vez que a base da aplicação do *stare decisis* é o direito à igualdade. (SEDLACEK, Federico D. *Miceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el Nuevo CPC de Brasil*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, p. 375 e 380 (Coleção grandes temas do novo CPC).

¹⁹³ SCHIETTI CRUZ, Rogério. Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 13, p. 328 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

¹⁹⁴ CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp. 291-292. Para Oscar Valente Cardoso, o artigo legal “deriva de um esforço argumentativo que, em grande parte, já é desenvolvido na prática do Judiciário e tem o fim principal de padronizar o conteúdo mínimo da fundamentação dos pronunciamentos judiciais.” (CARDOSO, Oscar Valente. A falta de fundamentação por inobservância de precedente no NCPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 320).

¹⁹⁵ STJ – 6ª T – AgRg em HC 353.049 – j. 24.05.2016 – rel. Néfi Cordeiro – DJe 06.06.2016; STJ – decisão monocrática – AgInt em HC 070939 – j. 17.06.2016 – rel. Rogério Schietti Cruz - DJe 23.06.2016; STJ – 5ª T. – AgRg nos EDcl no RHC 92177 – j. 18/10/2018 – rel. Felix Fischer – DJe 30/10/2018; STJ – 6ª T. – HC 431644 – j. 10/04/2018 – rel. Rogério Schietti Cruz – DJe 25/10/2018, dentre outras.

Já houve, na doutrina, a oportunidade de formar posição favorável neste mesmo sentido, por força do art. 3º do Código de Processo Penal e, embora “não trate expressamente de diversos pontos elencados no art. 489 do NCPC, em especial o contido em seus parágrafos, a jurisprudência e doutrina na área processual penal já debatiam e acolhiam suas teses”¹⁹⁶.

Para Rogério Scheitti Cruz, a aplicação não decorre apenas do mencionado art. 3º do CPP, mas “o dever de motivação da decisão judicial independe da espécie de jurisdição”¹⁹⁷.

Apesar da importância do tema e de todos os incisos legais para a concretização da garantia da motivação das decisões judiciais¹⁹⁸, apenas dois incisos são objeto de análise neste estudo, por estarem diretamente relacionados à aplicação dos precedentes judiciais.

2.6.1 Decisão que se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente judicial (art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015)

O art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015 dispõe que não será fundamentada a decisão que “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.”

Com previsão expressa sobre a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no país, é inerente que as decisões dos tribunais sejam realmente observadas e utilizadas como parâmetro decisório. Apesar da doutrina considerar que o inciso legal faz parte do sistema de precedentes estabelecido pelo CPC, de 2015¹⁹⁹, é inaceitável que, mesmo diante

¹⁹⁶ GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal. *Revista dos Tribunais*, nº 971, ano 105, set. 2016, p. 295; SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, §1º e §2º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 255, maio 2016, p. 25.

¹⁹⁷ SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 343. No mesmo sentido, BEDÊ JÚNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no Processo Penal Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 262 (Coleção Repercussões do Novo CPC). No mesmo sentido, vide MASI, Carlos Velho. *Influências do Novo CPC no Processo Penal*. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/influencias-do-novo-cpc-no-processo-penal/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹⁹⁸ Sobre os demais vícios previstos no art. 489, § 1º, do CPC/14, vide SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, pp. 343-349, inclusive com menção à enorme quantidade de decisões não fundamentadas que são objeto de *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça; e SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. Op. cit., 2016, pp. 17-40. Para Oscar Valente Cardoso, o artigo legal estabeleceu, por meio de um rol exemplificativo, um conteúdo mínimo para a fundamentação das decisões judiciais. (CARDOSO, Oscar Valente. A falta de fundamentação por inobservância de precedente no NCPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei nº 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 319).

¹⁹⁹ SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 349.

de um precedente vinculante, as decisões limitem-se a invocar entendimento anterior sem que haja um cotejo entre o que foi decidido e o caso *sub judice*²⁰⁰.

Como já se afirmou anteriormente,

o dispositivo tem como objetivo evitar que as decisões judiciais indiquem, apenas e tão somente, como razão de decidir os precedentes jurisprudenciais ou enunciados de súmula sem acrescentar ou explicitar as razões de decidir, ou sem o devido cotejo analítico com o caso *sub judice*²⁰¹.

O objetivo do dispositivo legal é, sem sombra de dúvidas, evitar as decisões genéricas ou padronizadas, que poderiam servir a qualquer outro caso, sem enfrentamento dos argumentos e teses trazidos pelas partes²⁰². Isto porque, ao não indicar a razão pela qual o precedente ou o enunciado da súmula se ajusta ao caso concreto, não há análise específica do caso em questão, mas apenas repetição de fundamentos oriundos de outros casos.

Trata-se, portanto, da vedação à simples indicação de julgados ou súmulas em substituição às próprias razões²⁰³. Destarte, “a decisão deve precisar porque o precedente

²⁰⁰ Posicionamento contrário à disposição legal é encontrado na obra de MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Novo CPC e fundamentação sentencial exaustiva: breves pincelas críticas. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, ano 79, n° 5, maio 2015, pp. 529-531. Os autores, inclusive, fazem menção à não autorização constitucional de regular a matéria em lei infraconstitucional, com o que se discorda. Luiz Fux e Bruno Bodart apontam que a disposição legal brasileira é oposta à italiana, que aceita a mera indicação do precedente judicial como razão de decidir. Afirmam os autores que “é curioso notar que na Itália, por ocasião da Reforma de 2009, o legislador inseriu no art. 118 das *Disposizioni di Attuazione del CPC* a possibilidade de ser satisfeita a obrigação de motivação simplesmente com referimento a precedentes (*precedenti conformi*)”. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 405).

²⁰¹ GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JR, Hélio; LOBO, Ricardo. Op. cit., 2016, p. 293.

²⁰² BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 325. Para Rodrigo Ramina de Lucca, o objetivo do inciso legal é “evitar a citação indiscriminada de ementas de acórdãos muitas vezes impertinentes ao caso concreto.” (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 240-241). Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que “trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem. Por essa razão, trabalhar com precedentes não significa de modo nenhum simplesmente alinhar julgados – condensados ou não em súmulas – sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 494).

²⁰³ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2014, pp. 212-213; DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 389.

invocado amolda-se ao caso concreto (identidade de situação jurídica da parte e de *causa petendi*), a justificar a sua incidência”²⁰⁴.

Gustavo Badaró, ao tratar dos vícios da sentença penal em texto anterior ao CPC, de 2015, já afirmava que não é aceitável motivação que se limite a indicar outras decisões (“simples evocação da jurisprudência”) sem que haja desenvolvimento de motivação própria pelo juiz. Para o autor, não se pode sequer considerar tal situação como motivação *per relationem*, “havendo uma verdadeira ausência de motivação” ou “escamoteamento da motivação”²⁰⁵.

Assim, é correto afirmar que a previsão do art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015, impõe ao magistrado, mesmo quando integrante de colegiado, “o ônus argumentativo de verificação dos casos concretos colocados em cotejo”²⁰⁶.

Exige-se, portanto, mesmo em relação aos precedentes vinculantes, que haja indicação dos pontos convergentes entre o precedente judicial e o caso concreto a justificar a utilização daquele como embasamento de pedido pela parte ou como razão de decidir.

Tal cotejo entre os autos, de acordo com a doutrina, não é mera indicação de precedente judicial – qualquer que seja e mesmo que na íntegra – sobre a questão jurídica objeto dos autos “mas sim a partir da real verificação de compatibilidade entre as

²⁰⁴ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, n. 253, mar. 2016, p. 19.

²⁰⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, abr./jun. 2002, pp. 122-141. Segue afirmando o autor: “trata-se, na verdade, de uma forma de escamoteamento da motivação, consistente em substituir aquela que deveria ser a motivação, como justificação lógico-jurídica da decisão, pela citação de máximas ou precedentes, eximindo-se o julgador de um exame analítico da questão. Além disso, muitas vezes a simples referência à jurisprudência não permite a análise da adequação do julgado invocado ao caso concreto, visto que não há como se confirmar se o substrato fático de ambas as decisões é exatamente o mesmo. Além disto, o emprego de tal técnica, sem maiores cuidados, impede que sejam consideradas as peculiaridades que cada caso concreto apresenta.” Por sua vez, Michele Taruffo a considera como uma hipótese de motivação *per relationem*, não muito tratada pela doutrina, mas relevante. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo Córdoba Vianello. Madrid: Trotta, 2011, pp. 373-376). Para Dierle Nunes, “não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha.” (NUNES, Dierle. *Novo CPC: fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em: 7 nov. 2018). No mesmo sentido, tem-se POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, § 1º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 273, nov. 2017, p. 21.

²⁰⁶ PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, § 1º, incs. V e VI do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do art. 489. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 335. Luiz Fux e Bruno Bodart entendem que “mais importante do que averiguar se houve transcrição ou remissão de manifestação alheia pelo magistrado é avaliar se as questões suscitadas nos autos foram decididas com efetiva análise dos argumentos das partes.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 425).

circunstâncias fáticas envolvidas entre ambos os casos”²⁰⁷. Assim como o magistrado não pode simplesmente indicar ou invocar uma disposição legal sem relacioná-la ao caso concreto, não pode fazê-lo com os precedentes judiciais²⁰⁸.

Todo precedente judicial deve ser interpretado com o fim de extrair a *ratio decidendi* e verificar a sua adequação com a situação concreta posta a julgamento. Assim, a tarefa do magistrado é duplicada porque além de identificar os motivos determinantes do precedente, sua decisão deve demonstrar, também, que o precedente pode influenciar o caso concreto²⁰⁹. À técnica de aplicação dos precedentes judiciais mediante a análise e apontamento dos pontos convergentes e divergentes dá-se o nome de *distinguishing*. Sem querer, neste momento, adentrar no estudo da técnica, uma vez que posteriormente será objeto de tópico específico, entende-se por *distinguishing* a técnica de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”²¹⁰.

Conclui-se, portanto, que em sendo invocado precedente ou enunciado de súmula, é necessária interpretação para identificar os fundamentos determinantes e posterior realização de cotejo entre o caso concreto e aquele indicado como parte da decisão, sob pena de incorrer no vício de ausência de motivação previsto no art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015²¹¹.

2.6.2 Decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente judicial invocado pela parte (art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, de 2015)

O inc. VI do art. 489, § 1º, do CPC, de 2015, considera como viciada a motivação das decisões 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.”

A disposição ressalta a importância conferida aos precedentes judiciais e à manutenção da estabilidade da jurisprudência perante os tribunais, exigindo observação dos enunciados de súmulas e decisões anteriores sob pena de vício na motivação.

²⁰⁷ PEREIRA, Paula Pessoa. Op. cit., 2015, p. 335.

²⁰⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 339-340. Para o autor, “é preciso demonstrar que a questão de direito sob julgamento ajusta-se aos fundamentos determinantes”. No mesmo sentido, SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Op. cit., 2016, p. 351 e DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 390.

²⁰⁹ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. A crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 340.

²¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

²¹¹ GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JR, Hélio; LOBO, Ricardo. Op. cit., set. 2016, p. 305.

Diferente da hipótese prevista no inciso anterior, que fazia referência ao uso do precedente judicial e ao enunciado de súmula sem a indicação da correlação com o caso concreto, este inciso visa a evitar que enunciados de súmula, jurisprudências ou precedentes judiciais apontados pelas partes não sejam observados.

Para Rogério Schietti Cruz, ao tratar do tema sob a ótica criminal, a disposição legal proíbe a “desobediência judicial” sem apontar as particularidades ou fatores que justifiquem o afastamento ou a superação do precedente e/ou do enunciado de súmula²¹².

Duas questões permeiam o inciso legal. A primeira é se o magistrado está adstrito apenas ao que foi alegado pelas partes ou se, devido à existência de precedentes judiciais vinculantes, também é obrigado a apontar as distinções e hipóteses de superação daqueles que não fazem parte das alegações das partes.

O inciso trata apenas de precedente, jurisprudência e enunciado de súmula invocados pelas partes, somente sendo nula a decisão por ausência de fundamentação quando deixar de ser aplicada sem a devida distinção ou apontamento de superação²¹³.

O Enunciado n° 9 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) transfere à parte o ônus de demonstrar a distinção e superação do entendimento. Assim preceitua o referido enunciado:

é ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula²¹⁴.

Entende-se que é correto exigir das partes que apontem, ao invocarem enunciados de súmula, jurisprudência ou precedente judicial, as semelhanças e distinções com o caso concreto. Como já afirmado anteriormente,

apesar do artigo legal ser destinado aos magistrados, pois prolatores das decisões, pode-se afirmar que o cotejo analítico entre o precedente ou o enunciado da súmula com o caso concreto também é incumbência das partes em suas peças processuais. Isto porque o art. 6º do Código de Processo Civil

²¹² SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, pp. 352-353. Luiz Guilherme Marinoni complementa que, “do mesmo modo que o juiz não pode deixar de enfrentar o fundamento de direito invocado pela parte, quando esse pode determinar a solução do caso, não pode ignorar o precedente invocado quando esse tem potencialidade para determinar o alcance do resultado.” (MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 340).

²¹³ CARDOSO, Oscar Valente. Op. cit., 2016, p. 322; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 241.

²¹⁴ ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciado n° 9. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIV A-.pdf>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

estabelece que ‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva’²¹⁵.

É obrigatória, porém, a atividade interpretativa e argumentativa do juiz²¹⁶ em relação ao que é invocado pelas partes, bem como a observância dos precedentes vinculantes, mesmo que não apontados nos autos²¹⁷. O afastamento é legítimo apenas mediante aplicação da técnica do *distinguishing* ou *overruling*²¹⁸ – tema a ser tratado no próximo item deste estudo.

Assim, enquanto o art. 927 do Código de Processo Civil elenca as decisões judiciais que possuem efeito vinculante e que devem ser observadas pelos juízes, sob pena de cabimento de reclamação²¹⁹, este inciso legal preceitua a obrigatoriedade de utilização

²¹⁵ GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. Op. cit., set. 2016, p. 295. No mesmo sentido, como indicado no artigo original, tem-se CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do art. 489. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp. 294-295; LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 241-242.

²¹⁶ MARINONI, Luis Guilherme. Op. cit., 2016, p. 340.

²¹⁷ Para Oscar Valente Cardoso, o inciso pretende que as decisões sejam fundamentadas nos precedentes invocados pelas partes em razão do princípio do contraditório e da vedação da decisão surpresa, o que não parece acertado devido ao brocardo *da mihi factum dabo tibi ius* (“dá-me os fatos que te darei o direito”). Afirma o autor que “ainda que exista precedente para o caso, mas não seja invocado pelas partes, com base no art. 489, §1º, VI, e no art. 10, ambo do NCPC, o juiz pode: (a) aplicá-lo de ofício, desde que intime previamente as partes para se manifestar; (b) ou deixar de aplicar o precedente, súmula ou jurisprudência, o que não importará na nulidade da decisão.” (CARDOSO, Oscar Valente. Op. cit., 2016, pp. 323-324).

²¹⁸ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 405. Sobre o tema, vide o Enunciado nº 431 do FPPC que dispõe que “o julgador, que aderir aos fundamentos do voto-vencedor do relator, há de seguir, por coerência, o precedente que ajudou a construir no julgamento da mesma questão em processos subsequentes, salvo se demonstrar a existência de distinção ou superação.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: JusPodivm, 2017).

²¹⁹ Nos termos dos incisos do art. 988 do Código de Processo Civil, de 2015, é possível o ajuizamento de reclamação para preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade das suas decisões, garantir a observância de súmula vinculante ou decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, além da hipótese de garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Como expõe Osmar Mendes Paixão Côrtes, “pela primeira vez a legislação federal trata com detalhes da reclamação” e tal questão restou superada, já que o texto legal autoriza o ajuizamento da reclamação em todos os tribunais. (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *Revista de Processo*, nº 244, jun. 2015, p. 353). Antes da aprovação do Código, Ricardo de Barros Leonel, em obra específica sobre a matéria, sugeria que a nova lei dispusesse e regulamentasse detalhadamente o instituto. (LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011, pp. 303-304). Breno Baía Magalhães afirma que “a melhor interpretação do papel da reclamação constitucional é aquela que a compreende como meio de proteção das decisões judiciais e das competências constitucionais dos tribunais, portanto, um mecanismo inerente a todo judiciário, não sendo uma exclusividade dos tribunais superiores, como o STF reconheceria.” (MAGALHÃES, Breno Baía. Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*, v. 10, ago. 2015, p. 1852). José Rogério Cruz e Tucci afirma expressamente que a desobediência à súmula vinculante enseja o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal contra o órgão que a desrespeitou (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 452).

das técnicas de distinção e superação em relação àquelas decisões quando expressamente invocadas pelas partes²²⁰, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação.

Com razão, Luiz Fux e Bruno Bodart afirmam que “o dispositivo se justifica tendo em vista que o Código passa a adotar um sistema de precedentes vinculantes, nos termos do art. 927”²²¹.

A segunda questão sobre o inciso legal refere-se ao fato de que, além dos precedentes judiciais e dos enunciados de súmula, o art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, de 2015, veda ao magistrado não seguir a jurisprudência invocada pela parte, o que levaria a crer que todas as decisões dos tribunais teriam efeito vinculante, o que não é verdade.

De maneira acertada, Rodrigo Ramina de Lucca afirma que “a redação não foi das mais felizes”²²². Segundo Rogério Cruz Schietti, é desarrazoada e injustificável a não observância pelos juízes e tribunais em relação às decisões dos Tribunais Superiores, cortes que foram concebidas para “dar a última palavra sobre a interpretação do Direito”²²³.

A obrigatoriedade, todavia, de que trata o inc. VI deste artigo legal apenas se aplica aos precedentes obrigatórios, não aos meramente persuasivos²²⁴.

Acredita-se que essas sejam duas coisas distintas: de um lado, os precedentes vinculantes ou persuasivos e sua obrigatoriedade de observância e, de outro, o dever de motivação dos magistrados, em especial diante do que foi alegado pelas partes.

No que diz respeito aos precedentes obrigatórios, o juiz deve observá-los por força do art. 927 do CPC. Ao observá-los (e aqui entra, em parte, o segundo problema) deve analisar, na motivação, se o precedente se aplica ao caso e se há cabimento de aceitação.

²²⁰ Apesar de não se tratar de decisão criminal, merece destaque acórdão do Superior Tribunal de Justiça, mencionado no seu informativo de jurisprudência, no qual restou assentado que “não se está aqui desconsiderando o entendimento sumular, mas apenas se estabelecendo uma distinção em face das peculiaridades do caso – técnica das distinções (*distinguishing*)”. (STJ. Superior Tribunal de Justiça – 2ª turma – AgInt no AREsp 942.940-RJ – rel. Herman Benjamin – j. 15/8/2017 - DJe 12/9/2017).

²²¹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 405.

²²² LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., Salvador: JusPodivm, 2015, p. 241.

²²³ SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 352.

²²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, pp. 391-392. Os autores, ao tratarem sobre a expressão “jurisprudência” contida no artigo legal, afirmam que “se a parte invoca, como reforço argumentativo, numa causa que tramita perante a justiça baiana, um julgado proferido por outro tribunal estadual (não vinculativo; caráter meramente persuasivo), não há obrigação de o magistrado, para não seguir a orientação desse precedente, demonstrar que ele se refere a caso distinto daquele posto sob sua análise ou que ele está superando. [...] Trata-se de postura legítima, já que não está ele adstrito à tese jurídica firmada em precedentes não vinculantes”. Neste sentido, é o Enunciado nº 11 da ENFAM: “Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.” (ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENU_NCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Disponível em: 10 dez. 2018).

Ao contrário, se perceber que não se aplica ao caso, deve afastá-lo, em especial se invocada a sua incidência pela parte.

Outra questão disciplinada no inc. VI do § 1º do art. 489, diz respeito ao dever de motivação, que não estará satisfeito se o juiz “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.” A parte tem direito de ver respondidas as suas questões postas perante o julgador, ou o que é o reverso da medalha, e o juiz tem o dever de responder às questões que lhe são postas pela parte. Assim, se a parte invoca, com fundamento de sua demanda ou de sua contestação, a aplicação de um precedente (vinculante ou persuasivo, pouco importa) que ao seu ver teria incidência no caso, o juiz deve verificar se ele se aplica ou não à decisão, assim como também deve proceder quanto à subsunção ou não de um artigo de lei invocado pela parte.

No caso do precedente, o juiz pode entender que o mesmo se aplica ou não ao caso, não mediante técnicas de aplicação por subsunção, mas de incidência por identidade ou não incidência por distinção. Logo, invoca-se que o caso deve ser decidido de acordo com a decisão de outro Tribunal, mesmo local (um precedente persuasivo). Para afastar esse argumento da parte e não aplicar o precedente, ainda que persuasivo, o juiz tem o dever de, na motivação, fazer a comparação do caso em julgamento, e mostrar que ele difere do caso que gerou o precedente da parte.

O juiz, portanto, não se vincula a precedente de Tribunal local porque assim não determina o art. 927 do CPC, mas tem que justificar a não aplicação do precedente meramente persuasivo invocado pela parte ao caso concreto, porque assim lhe impõe o dever de motivação, previsto no inc. VI do § 1º do art. 489 do CPC.

2.7 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como tratado anteriormente, no item sobre as razões para aplicação dos precedentes, uma das desvantagens apontadas pelos doutrinadores para a adoção de um sistema de precedentes é a transformação do juiz em um aplicador automatizado de entendimento dos Tribunais Superiores aos casos concretos, dispensando a necessidade de análise e interpretação do caso em julgamento. Outra razão contrária é a suposta imutabilidade do direito ou engessamento do entendimento dos tribunais, questão já tratada neste estudo.

Tais argumentos, no entanto, estão equivocados. Primeiro, porque a atividade jurisdicional, incluindo a interpretação dos dispositivos legais e dos precedentes, continua sendo de extrema importância. Em linhas gerais, é necessário verificar a pertinência e a congruência do precedente judicial com o caso concreto para que, então, ocorra ou não a sua aplicação.

Por outro lado, com o avanço da sociedade e relevantes modificações sociais, políticas ou econômicas, há possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer que o precedente judicial não mais se adequa à realidade, surgindo a necessidade de revisão e eventual modificação do entendimento.

Em síntese, para que realmente a adoção de precedentes judiciais alcance o objetivo maior – especialmente no processo penal – de promover justiça e garantir o tratamento igualitário aos jurisdicionados, é necessário o estudo das técnicas para a sua aplicação, conforme tópicos descritos a seguir²²⁵.

2.7.1 *Distinguishing* como técnica de confronto e aplicação dos precedentes judiciais

É inegável a importância da hipótese fática para a aplicação dos precedentes judiciais, já que a aplicação da *ratio decidendi* em casos futuros depende da similitude dos fatos dos dois casos. Como afirma Rodrigo Ramina de Lucca, a “essência da aplicação de precedentes está no julgamento idêntico de casos análogos”²²⁶. Ou seja, ainda que haja precedente vinculante sobre determinada questão jurídica, a sua aplicação depende da constatação de que as hipóteses fáticas dos casos são semelhantes e que inexistem peculiaridades relevantes que justifiquem o afastamento do precedente²²⁷.

²²⁵ As técnicas do *distinguishing* e *overruling*, apresentadas a seguir, são oriundas da *common law* e devem ser acolhidas no âmbito nacional para a melhor aplicação dos precedentes judiciais. A doutrina aponta outras técnicas existentes em diferentes ordenamentos, mas que não serão consideradas no presente estudo em razão da incongruência com o atual ordenamento jurídico brasileiro. (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 196).

²²⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 292. A este respeito vide PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: RT, 2016, p. 84 e 97 e, também, o subcapítulo sobre os recursos repetitivos.

²²⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 44; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 135-136; GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 513; GOMES TOSTES, Natacha Nascimento. *Uniformização de jurisprudência*. Repro, n. 104, outubro-dezembro de 2001, p. 21; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 112 e 117.

A análise e comparação dos casos é obrigatória²²⁸, oportunidade em que “o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”²²⁹.

A análise comparativa garante, na prática, a igualdade de tratamento do jurisdicionado. Isso porque “a possibilidade de divergência da decisão com base em elementos fáticos permite a obtenção de igualdade material no ordenamento jurídico”²³⁰. Em sendo os fatos substancialmente diferentes, há possibilidade de o precedente ser afastado (não aplicado) e a decisão ser diversa²³¹.

Para Daniel Mitidiero, a técnica serve “justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente”²³². Ademais, o *distinguishing* garante, também, a independência judicial, já que a necessidade de comparação e a possibilidade de distinção desmistificam a ideia de que a aplicação dos precedentes é automática e independe de atuação específica do juiz²³³.

Destarte, mesmo na hipótese de existência de precedente vinculante, de observância obrigatória, é necessária a análise da similitude fática para que a aplicação seja feita da maneira correta, sob pena de ofender o princípio da igualdade²³⁴ e configurar vício na motivação, como exposto em itens anteriores.

²²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 567-569. Para os autores, o uso da técnica é obrigatório em todo e qualquer órgão jurisdicional e diante de qualquer precedente.

²²⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 174. Para François Rigaux, “quando uma decisão anterior é invocada como precedente, ela própria deve ser interpretada. É preciso medir a diferença entre os termos do dispositivo e da motivação, apreciar as circunstâncias particulares dos casos já dirimidos, o que convida a distingui-los do caso atual submetido ao juiz, avaliar o peso respectivo de uma decisão unânime, ou atingida com ampla maioria, e de um aresto oberado de votos dissidentes fortemente argumentados, comparar umas às outras as sucessivas decisões que seguiram um caminho sinuoso, o que alarga ainda mais o espaço de liberdade do intérprete.” (RIGAU, François. *A lei dos juizes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 321).

²³⁰ PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: RT, 2016, p. 70.

²³¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 133. Para a autora, “caso o sistema de precedentes de matriz abstrata e geral não contemple a flexibilidade e a sensibilidade para destacar e valorizar os pontos de divergência existências entre os casos semelhantes, tornar-se-ia, inevitavelmente, fonte de injustiça.” (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 137). “O juiz, apesar de reconhecer que, acerca do caso em julgamento, há decisão anterior, pode se afastar dela reconhecendo a alteração das circunstâncias que impõem uma decisão noutro sentido.” (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145). Para Ravi Peixoto, “trata-se de um simples caso de não incidência da norma do precedente invocado.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 214). No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, pp. 231-233.

²³² MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 87.

²³³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 568.

²³⁴ Marília Siqueira da Costa afirma que “a *ratio decidendi* de um precedente judicial, então, só poderá ser aplicada aos casos em que estiverem presentes os pressupostos fáticos necessários para a sua incidência, de forma que, não sendo eles verificados pelo magistrado, ainda que o precedente trate da matéria de direito discutida na situação posta para decisão, ele deverá ser afastado, buscando-se a aplicação de norma jurídica decorrente de outro texto normativo.” (COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 57).

Este, inclusive, é o teor do Enunciado n° 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”²³⁵.

É bem verdade que inexitem casos idênticos ou com fatos semelhantes, tais como os flocos de neve²³⁶ e que há dificuldade em estabelecer os fatos determinantes (relevantes ou irrelevantes). Realmente, este é o objetivo e o desafio da análise comparativa dos casos concretos para posterior aplicação ou afastamento do precedente.

Como sustenta Ravi Peixoto, o *distinguishing* “é basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação do precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado”²³⁷. Para Teresa Arruda Alvim, a identidade entre os casos deve ser essencial e não absoluta, até pela dificuldade de identificação total entre dois casos²³⁸.

A aplicação da tese jurídica para o futuro depende da possibilidade de determinar a relevância das diferenças²³⁹, o que acontecerá caso a caso²⁴⁰. Assim, importa a existência de identidade comum entre os fatos relevantes e não a identificação total entre os casos²⁴¹.

No tocante às partes, aquela que invocar um precedente em seu favor deve demonstrar tal semelhança, cabendo à parte contrária, caso discorde, indicar a existência de

²³⁵ PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017.

²³⁶ Expressão de DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 29. Para Luís Kircher “nenhum caso é absolutamente igual ao outro, pois ao menos as partes e a cronologia são diferentes.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 117). Como afirmam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 567). No mesmo sentido, GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, pp. 133-134; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017. p. 101.

²³⁷ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 213.

²³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 58.

²³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p. 265.

²⁴⁰ Para Ravi Peixoto, “mais importante do que os próprios fatos enquanto ocorridos, é a forma como são compreendidos e categorizados, o que dependerá da atividade argumentativa dos sujeitos processuais nos casos posteriores, o que delimitará adequadamente o precedente.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 214). Também sobre a importância da análise dos fatos para aplicação do precedente, vide TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 14.

²⁴¹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 117; MOTTA E CORREA, Rafael. Op. cit., jul. 2018, p. 495; SCHAUER, Frederick. Op. cit., 2012. p. 45; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 117.

fatos relevantes que impeçam a aplicação²⁴². Cabe, contudo, ao juiz, a análise da questão e aplicação do precedente ou distinção do caso em relação ao que já foi decidido²⁴³.

A distinção ocorre em qualquer juízo, seja na Corte que formou o precedente ou nas Cortes vinculadas à decisão anterior²⁴⁴, já que não há substituição do precedente afastado. Esse permanece válido no ordenamento jurídico e surte os seus efeitos, podendo – ou devendo, a depender do caso – ser aplicado a outros casos com hipóteses fáticas semelhantes ou que não possuam diferenças relevantes²⁴⁵.

A decisão que afasta a aplicação do precedente em razão da distinção dos casos, no entanto, deve ser, por força constitucional, devidamente fundamentada²⁴⁶, com a indicação dos critérios de distinção utilizados e a justificativa para o afastamento da aplicação do precedente²⁴⁷. Sob pena de falência de um sistema de precedentes vinculantes e ofensa ao princípio da igualdade, as distinções devem ser realizadas com cautela e mediante a apresentação de justificativas decorrentes da comparação dos casos²⁴⁸. Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, “se o tribunal resolver desprezar o precedente judicial cabe-lhe o ônus do argumento contrário”²⁴⁹.

²⁴² PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 213. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir questão criminal, já dispôs sobre a necessidade da *parte* “apontar quais elementos aproximam ou afastam o caso da hipótese de incidência da jurisprudência consolidada aplicada no julgamento singular”: “a aplicação da técnica do *distinguishing*, para fins de afastar a incidência de determinado precedente, requer a efetiva demonstração, por parte de quem o alega, acerca dos pontos que diferenciem a situação do caso abordado nos paradigmas”. (STJ – 5ª Turma – AgRg no REsp 1717005 – rel. Min. Jorge Mussi – j. 04/09/2018 – DJe 12/09/2018). No mesmo sentido, reconhecendo que a parte teve a oportunidade de fazer o *distinguishing* no agravo regimental, porém nenhuma providência foi realizada, não havendo que se falar em ofensa ao contraditório ou ampla defesa (STJ – 5ª Turma – AgRg no AREsp 1065642 – rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 25/04/2017 – DJe 03/05/2017).

²⁴³ Exemplo disso é a decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não aplicou o precedente do Supremo Tribunal Federal invocado pelo acusado por considerar que “traz contexto fático em nada semelhante ao dos presentes autos” (STJ – 5ª Turma – AgRg no AREsp 1144234 – rel. Felix Fischer – j. 06/02/2018 – DJe 16/02/2018). Importante destacar, apenas para fins elucidativos, que a técnica é bastante utilizada perante os tribunais superiores. No entanto, pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça em 30 de setembro de 2018 relativa aos acórdãos com menção expressa aos termos *distinguishing* e *penal* apontou apenas 15 decisões colegiadas.

²⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. cit., 2008, p. 202. Neste sentido é o Enunciado nº 174 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

²⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op. cit., 2012, p. 473; COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 57).

²⁴⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 135. A autora enfatiza a importância do dever de motivação das decisões judiciais como “mecanismo de controle contra o arbítrio judicial” e expõe posicionamento do Tribunal Constitucional espanhol de que o juiz só pode se afastar do precedente por razões graves e expressamente motivadas. (Id., *ibid.*, p. 136).

²⁴⁷ COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 56.

²⁴⁸ “[...] o *distinguishing*, de todo modo, deve ser realizado de forma cautelosa, acompanhado de uma fundamentação consistente voltada à demonstração das diferenças existentes nos suportes fáticos confrontados.” (Id., *ibid.*, p. 57).

²⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 449.

A consequência da correta utilização da técnica da distinção é a criação de um precedente novo, aplicável a outros casos em que haja similitude fática, seja pela ampliação da *ratio decidendi* do precedente anterior para que novos fatos relevantes, existentes neste novo caso concreto, sejam também abarcados; ou, ainda, pela restrição da *ratio decidendi*, quando o caso concreto possua menos fatos relevantes ao ser comparado ao precedente judicial²⁵⁰.

De qualquer sorte, na seara criminal, uma questão merece relevância: a possibilidade de afastar a incidência do precedente mesmo quando a hipótese fática for coincidente entre os casos. Como expõe Mariângela Gama de Magalhães Gomes, trata-se de distinção *in bonam partem* quando o juiz se afasta do precedente condenatório ao entender que o caso é de absolvição do acusado²⁵¹.

2.7.2 *Overruling* como técnica de superação do precedente

Como exposto no item que trata das razões do respeito aos precedentes, os tribunais devem zelar pela uniformidade do Direito, evitando mudanças bruscas e contínuas dos seus entendimentos, o que gera instabilidade e insegurança no jurisdicionado. O Direito, no entanto, não pode ser imutável²⁵², uma vez que acompanha, mesmo que de forma mais lenta e a *posteriori*, as modificações ocorridas na sociedade.

A possibilidade de alteração de posicionamento e a adoção de um novo parecer, em sentido diverso, é denominada de *overruling*. A prática é adotada em países de *common law*²⁵³ e existe justamente porque “nenhum precedente tem pretensão de ser eternamente válido”²⁵⁴, permitindo que o Direito possa evoluir²⁵⁵. Como afirma Rodrigo Ramina de

²⁵⁰ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 215; COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 54. Para Luiz Fux e Bruno Bodart, “quando regularmente aplicada, a distinção não configura desrespeito à jurisprudência, mas a sua complementação à luz de informações colhidas em casos subsequentes. O *distinguishing* preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados ao Judiciário.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 407).

²⁵¹ Situação semelhante é prevista no ordenamento jurídico penal inglês e italiano, uma vez que os tribunais podem afastar-se do precedente para absolver o acusado ou garantir a sua liberdade. (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 138; CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale*. Uno studio sulla dimensione in action della legalità. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2014, p. 311).

²⁵² Como sustenta Alfredo Buzaid, “o direito em consequência de modificações políticas, sociais e econômicas, possa sofrer entendimento diverso, é princípio pacífico na doutrina. O direito pode ser imortal, mas não é imutável.” (BUZOID, Alfredo. Op. cit., 1982, p. 131). E, também, CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 35.

²⁵³ Sobre a modificação de precedentes na *House of Lords* inglesa e na Suprema Corte Americana, vide MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, pp. 140-141; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, pp. 305-306.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015, p. 156.

Lucca, a jurisprudência “não deve e não pode apenas mudar; ela deve evoluir”²⁵⁶. Para que a superação ocorra sem afetar a estabilidade, a segurança jurídica e a expectativa do jurisdicionado, ela deve atender a alguns critérios. Não basta que haja mudança na composição do tribunal ou o entendimento desses magistrados de que novo posicionamento seria mais conveniente ou oportuno²⁵⁷. Nos Estados Unidos, a modificação da composição do tribunal não é aceita como causa para a superação de precedente judicial porque a autoridade do precedente não decorre da sabedoria ou da autoridade particular e individual de cada julgador, mas do colegiado como um todo²⁵⁸.

A doutrina estabelece a possibilidade de alteração dos precedentes judiciais após relevantes modificações econômicas ou políticas²⁵⁹, superando o posicionamento anterior para substituí-lo por um novo em sentido diverso²⁶⁰.

Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, os precedentes “vão sendo superados por novas orientações que decorrem da dinâmica do Direito”²⁶¹. Neste sentido é o Enunciado nº 322, do FPPC: “A modificação de precedente vinculante poderá fundar-se, entre outros motivos, na revogação ou modificação da lei em que ele se baseou, ou em alteração econômica, política, cultural ou social referente à matéria decidida”²⁶².

Além das modificações apontadas anteriormente, a superação do precedente judicial pode ocorrer quando constatadas diversas exceções, ou seja, quando situações

²⁵⁵ EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, pp. 104-145; HARRIS, J. W. Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, nº 2, 1990, pp. 135-199; PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 197. Trata-se de “mecanismo utilizado para que se reconheça a existência de fundamento para o abandono do precedente anteriormente estabelecido, por haverem sido alteradas as razões que autorizaram sua edição.” (GOMES TOSTES, Natacha Nascimento. Op. cit., out./dez. 2001, p. 21). A possibilidade de mudança é inerente ao sistema de precedentes judiciais, de acordo com DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 571.

²⁵⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 350.

²⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 393.

²⁵⁸ GARNER, Byran A. et al. *The law judicial precedente*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016, pp. 415-416.

²⁵⁹ Para José Rogério Cruz e Tucci, “com o passar do tempo, a mudança dos paradigmas sociais implica saudável evolução das teses jurídicas e, conseqüentemente, do posicionamento dos tribunais.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 448). No mesmo sentido, EISENBERG, Melvin Aron. Op. cit., 1988, pp. 104-105. Ravi Peixoto afirma que “o precedente não teria mais congruência social a partir do momento em que há uma incompatibilidade entre esse entendimento e a própria mudança fática da sociedade.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 203).

²⁶⁰ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 389; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, pp. 305-307. Marília Siqueira da Costa afirma que se trata da “rejeição da tese jurídica contida no precedente, por considerá-la ultrapassada ou equivocada, substituindo-a por uma orientação em sentido diverso.” (COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 58).

²⁶¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 448.

²⁶² PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017.

semelhantes são tratadas de maneira diferenciada, evidenciando que os argumentos não são mais capazes de manter ou sustentar o precedente²⁶³.

Para que ocorra a superação é imprescindível que haja demonstração da necessidade da mudança, pois “as razões para a sua construção são mais fortes do que as razões para a manutenção do regramento anteriormente estabelecido”²⁶⁴. Além disso, mas não menos importante, é que o novo precedente seja mais adequado do que o anterior.

O grande problema a ser enfrentado e que justifica a adoção de uma teoria de precedentes judiciais é a divergência contemporânea na interpretação da norma jurídica, e não a alteração de entendimento²⁶⁵, desde que a superação não seja rotineira, abrupta ou desarrazoada²⁶⁶, o que acaba causando surpresa àqueles que pautaram seus comportamentos no entendimento anterior.

Para que não ocorram vícios de previsibilidade e de segurança jurídica, a técnica deve ser usada com critérios e seriedade como instrumento para afastar posicionamentos ineficientes²⁶⁷.

Segundo Teresa Arruda Alvim, a intensidade da alteração jurisprudencial depende de cada área do Direito, devendo ser mais restrita em ambientes decisórios mais rígidos, como é o caso do Direito Tributário e Administrativo, além do Penal²⁶⁸. Para Lucas Buril de Macêdo, o Direito Penal acaba enfrentando uma carga argumentativa ainda maior, uma vez que “a confiança na continuidade das normas ou na interpretação é mais forte e tradicionalmente há menor flexibilidade”²⁶⁹. Entende-se que o mesmo deve ocorrer em relação ao Direito Penal e Processual Penal justamente por pautarem ações e omissões dos cidadãos e tutelarem a liberdade.

Ao tratar da técnica, Michele Taruffo diferencia o *overruling* na *common e civil law*, expondo que naquele sistema a *ratio decidendi* do precedente superado perde totalmente a sua eficácia e deixa de ser fonte de Direito. Por sua vez, no *civil law*, os precedentes superados somente deixam de ser seguidos, não sendo excluídos da

²⁶³ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 204.

²⁶⁴ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 394.

²⁶⁵ BUZAID, Alfredo. Op. cit., 1982, p. 131.

²⁶⁶ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, pp. 201-202; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2015, p. 351.

²⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2013. Para Daniel Mitidiero “*overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica.” (MITIDIÉRO, Daniel. Op. cit., 2017, p. 87).

²⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., 2012, p. 52/58.

²⁶⁹ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 407.

jurisprudência, tampouco são impedidos de serem adotados futuramente pelo mesmo tribunal, caso ocorra nova modificação de entendimento, chamada *revirement*²⁷⁰.

Enquanto a técnica do *distinguishing* é utilizada em qualquer instância e em relação a qualquer precedente, o *overruling* só pode ser aplicado pela própria Corte que fixou o precedente anterior ou Corte superior àquela. Isto significa que os juízes de instância inferior – em relação à Corte que fixou o precedente – não estão autorizados a superar a norma anterior²⁷¹.

Quanto ao procedimento para superação, a Lei nº 11.417/2006, acompanhada pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dispõe sobre o processo para revisão ou cancelamento de súmula vinculante. Por sua vez, o Código de Processo Civil, de 2015, estabelece nos §§ 2º a 4º do art. 927, que a alteração poderá ser precedida de audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese²⁷². Como a superação representa uma ruptura com o entendimento considerado correto até então, há possibilidade de modulação dos efeitos da alteração para atender o interesse social e a segurança jurídica, como prevê a legislação.

Entende-se, portanto, que a questão mais importante quanto ao procedimento é a exigência de “fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (art. 927, § 4º, CPC/15).

Em síntese, a fundamentação das decisões que superam precedentes judiciais deve ser ainda mais sólida e qualificada²⁷³ quando comparada às decisões que as aplica, exigindo-se esforço argumentativo maior²⁷⁴, com análise do contexto político, econômico,

²⁷⁰ TARUFFO, Michele. Op. cit., 2010, p. 554. De qualquer sorte, como sustentam Luiz Fux e Bruno Bodart, “a superação de um precedente reduz o seu valor a zero, de modo que a repetição frequente da prática do *overruling* desestabiliza a segurança jurídica.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, pp. 407-408).

²⁷¹ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 307; PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 198; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., 2015, p. 494. Vale lembrar que os autores consideram que apenas os Tribunais Superiores formam precedentes, por isto, afirmam que apenas o Superior Tribunal de Justiça pode superar precedentes relativos à matéria infraconstitucional.

²⁷² Sobre a possibilidade de modulação de efeitos e audiências públicas para discussão e posterior superação do precedente, vide FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 408. Antonio do Passo Cabral sustenta o uso de uma técnica preventiva de julgamento-alerta, consistente em um anúncio público de possível mudança ou reapreciação do entendimento consolidado, justamente para garantir maior preservação da segurança jurídica e da confiança do jurisdicionado. (CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., 2014, pp. 44-51).

²⁷³ PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 201.

²⁷⁴ “[...] a superação dessas decisões deve ser construída com base em um discurso de justificação, que resultará na substituição da regra jurisprudencial anteriormente aplicada, retirando sua eficácia de norma jurídica.” (GALIO, Morgana Henicka. O procedimento para superação de direito jurisprudencial a partir do novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei nº 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 315; COSTA, Marília Siqueira da. Op. cit., 2013, p. 59).

social ou de desgaste da norma que justifique a alteração, justamente porque há quebra da estabilidade²⁷⁵.

3 DEVERES DE COERÊNCIA, ESTABILIDADE, PUBLICIDADE, INTEGRIDADE E UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – APONTAMENTOS SOBRE O ART. 926 DO CPC, DE 2015

A adoção de um sistema de precedentes judiciais não depende de expressa previsão legal, mesmo nos países de *civil law*, como o Brasil. A França e a Alemanha, reconhecidamente países de sistemas de legislação codificada, não preveem em suas leis a observância obrigatória de precedentes judiciais. Apesar disto, garantem importância às decisões judiciais anteriores, especialmente das suas mais altas Cortes²⁷⁶. Como expõem Robert Alexy e Ralf Dreier, na Alemanha, apenas a lei e algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal têm efeito vinculante, mas o princípio da proteção da confiança garante que os juízes inferiores observem as decisões passadas de tribunais hierarquicamente superiores²⁷⁷.

²⁷⁵ CARDOSO, Oscar Valente. Op. cit., 2016, p. 32; PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 203.

²⁷⁶ Estudo sobre os precedentes nesses países é encontrado em MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 17-64 e 103-140.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 26-29. Apesar do recurso de cassação alemão ter como objetivo corrigir vícios processuais com o fim de assegurar a uniformidade do Direito e a igualdade no caso concreto, não há

A França sequer considera os precedentes judiciais como fonte de Direito, inexistindo efeito vinculante ou qualquer obrigação dos juízes observarem – ou mesmo seguirem – decisões anteriores. Inclusive, é considerada sem motivação a decisão que apenas invoca decisão anterior sem examinar ou indicar questões específicas do caso concreto (art. 455, do Código de Processo Civil francês)²⁷⁸, à semelhança da previsão do art. 489, § 1º, inc. V, do Código de Processo Civil brasileiro, analisado anteriormente. Mesmo assim, a doutrina enfatiza a importância dos precedentes (*case law*) para o desenvolvimento do direito francês, especialmente quando se trata de decisões sobre princípios, indicando que, embora não haja efeito vinculante, as decisões da Corte de Cassação são observadas pelo próprio tribunal, o que acaba controlando melhor os juízes inferiores²⁷⁹.

Michele Taruffo, ao analisar o caso da Itália, afirma que a existência de uma jurisprudência oscilante não significa a necessidade de inauguração, da noite para o dia, de uma política de precedentes com o objetivo de introduzir a tendência de uniformidade e coerência na jurisprudência²⁸⁰, tampouco deve haver a simples transposição dos institutos da *common law* sem observar as peculiaridades de cada ordenamento²⁸¹.

Na Espanha, tradicionalmente, os juízes estão vinculados à lei e não às decisões judiciais, não se podendo falar em força vinculante da jurisprudência²⁸². Exceção existe quanto às decisões do Tribunal Constitucional, relativamente ao controle de constitucionalidade, cuja força é de lei, conforme previsão constitucional (art. 153, alínea

previsão expressa de efeito vinculante às decisões. Sobre o recurso e seu procedimento, vide SCHLÜCHTER, Ellen. *Compendio di procedura penale tedesca*. Trad. de Stefano Giuliani. 2. ed. Milão: CEDAM, 1998, pp. 206-214.

²⁷⁸ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 115-118.

²⁷⁹ Id., *ibid.*, p. 125; COHEN-TANUGUI, Laurent. *Case law in a legal system without binding precedent: the french example*. Stanford Law School. China Guiding Cases Project, Commentaries n° 17, 2016. Disponível em: <<http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/17-LaurentCohen-Tanugi>>. Acesso em: 10 dez. 2018. O mesmo ocorre com a República Dominicana, que não tem previsão de precedentes vinculantes mas confere importância – mesmo de maneira persuasiva – à jurisprudência. Para Eduardo Jorge Prats há uma aproximação do sistema processual do país com o *stare decisis*, mas de uma forma flexibilizada ou limitada, configurando um *mixed jurisdiction*, ou uma terceira família legal entre a *common e civil law*. (PRATS, Eduardo Jorge. El control de constitucionalidad en República Dominicana. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010, p. 666.

²⁸⁰ TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007, p. 31).

²⁸¹ TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010, p. 542.

²⁸² MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Precedent in Spain*. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, p. 269.

a)²⁸³. Este também é o caso do Equador, que dispõe em sua Constituição a faculdade da Corte Constitucional expedir decisões que constituam jurisprudência vinculante em algumas ações constitucionais, além de *habeas corpus*, *habeas data* ou casos selecionados em razão de sua importância (art. 436, n° 6), sendo certo que a previsão decorre da supremacia do texto constitucional²⁸⁴.

No Brasil, a observância aos precedentes judiciais poderia decorrer apenas da autoridade do órgão judiciário que os emanou ou das previsões constitucionais sobre a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tal como ocorre no âmbito da Corte de Justiça da União Europeia que, apesar de não haver previsão expressa sobre a vinculação às suas decisões anteriores, considera que liberdade de interpretação é diferente da liberdade de criação e modificação das leis pelo Poder Legislativo, seguindo na prática, portanto, o que já foi decidido²⁸⁵.

As decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre o texto constitucional, desde que devidamente motivadas e debatidas, deveriam ser automaticamente observadas por todo o Poder Judiciário, como as decisões do Superior Tribunal de Justiça em relação à legislação infraconstitucional²⁸⁶, devido à posição que tais tribunais ocupam na organização judiciária do país e à abrangência nacional da sua atuação.

A realidade, no entanto, é outra. A instabilidade e discrepâncias constantes das decisões judiciais²⁸⁷ do país fizeram surgir, como exposto no capítulo anterior, a previsão legal expressa sobre os deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização de jurisprudência, atualmente estabelecidos no art. 926 do CPC.

É verdade que alguns mecanismos para uniformização da jurisprudência, publicização do entendimento dos tribunais e vinculação às decisões passadas já existiam

²⁸³ MORAL, Antonio Torres del. El Tribunal Constitucional español en negativo. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010, pp. 712-713.

²⁸⁴ SALDAÑA, Jaime Vintimilla. La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010, pp. 556-562. Este era o panorama da Argentina na vigência da sua Constituição de 1949, já revogada, que estabelecia expressamente que a interpretação da Corte Suprema seria aplicada obrigatoriamente.

²⁸⁵ GUNNAR, Beck. *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*. London: Hart Publishing, 2012, p. 440.

²⁸⁶ José Rogério Cruz e Tucci considera que a vocação precípua do STJ é uniformizar a interpretação e aplicação do Direito Infraconstitucional brasileiro. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 448-449).

²⁸⁷ José Rogério Cruz e Tucci aponta que há, atualmente, uma flagrante e indesejada instabilidade nos precedentes dos tribunais superiores. (Id., *ibid.*, p. 449).

sob a égide do Código de Processo Civil anterior (1973), mesmo que por inclusão e alteração de legislação posterior. Assim, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade devem ser observadas por todos os órgãos do Poder Judiciário, por força de previsão legal²⁸⁸. Além disto, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao acrescentar o art. 103-A sobre as súmulas vinculantes, estabeleceu tratamento diferenciado e qualificado aos enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhes efeito vinculante por disposição constitucional.

Mesmo com o tratamento legislativo supra apontado, as constantes divergências e mudanças na jurisprudência ensejaram a necessidade de estabelecer, de maneira mais clara, concentrada e expressa, a observância aos precedentes judiciais no país²⁸⁹. Isto porque nem mesmo os Tribunais Superiores observavam as suas próprias decisões anteriores em novos pronunciamentos judiciais monocráticos ou julgamentos colegiados.

Diante desse contexto, o Código de Processo Civil, de 2015, apostou na força das decisões judiciais²⁹⁰ e estabeleceu no seu art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Para alguns, esse artigo legal disciplina verdadeiro princípio da teoria dos precedentes, devendo ser compreendido como “um novo paradigma sistêmico, diverso do que foi construído pelo positivismo jurídico para as normas constitucionais, legislativas regulamentares”²⁹¹.

A disposição legal determina que os tribunais têm o dever de uniformizar, o que significa dizer que a mesma questão jurídica deve ser tratada igualmente dentro de um mesmo tribunal, mesmo quando julgada por órgãos fracionários diferentes²⁹².

²⁸⁸ Sobre o efeito vinculante das decisões em controle abstrato de constitucionalidade, vide item que segue.

²⁸⁹ Miguel Reale afirma que a existência de divergências de entendimentos sobre as mesmas questões reflete justamente a complexidade do ato de julgar, que “não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador”, não podendo ser considerado um processo de lógica ou cálculos matemáticos que acarretem invariavelmente a mesma conclusão. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 168 e 172).

²⁹⁰ Para Rogério Chietti Cruz, “o novo Código de Processo Civil, fruto de seu tempo, contribui, decisivamente, para a elevação da qualidade da prestação jurisdicional em todos os ramos da Justiça, à custa de necessária mudança de postura dos profissionais do Direito, em particular dos magistrados, os mais afetados, no cotidiano forense, pelos novos institutos, pelas novas regras e pelas novas injunções incorporadas àquele Codex.” (SCHIETTI CRUZ, Rogerio. Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de processo civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 354 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

²⁹¹ MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/15 e o dever e manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 497.

²⁹² MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 432.

Do dever de uniformizar a jurisprudência decorre a necessidade de discussão das questões e observância dos precedentes vinculantes estabelecidos anteriormente ou, na sua falta, de debate interno para fixação de entendimento único sobre a questão. A uniformização interna em um mesmo tribunal garante que o tratamento do jurisdicionado seja igualitário, independentemente do órgão interno do tribunal que o julgue. Há insegurança jurídica quando o resultado do julgamento do caso depender da indefinição quanto ao competente órgão fracionário do tribunal.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que do dever de uniformização de jurisprudência decorre o compromisso de os tribunais sumularem seus entendimentos dominantes. Para os autores, a conclusão deriva da previsão do art. 926, § 2º do CPC, de 2015, que estabelece que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”²⁹³. Entende-se, portanto, que os deveres se complementam mas não se confundem, pois mesmo que não haja edição de enunciado de súmula pelo tribunal, este tem necessidade de, internamente, uniformizar o entendimento.

O art. 926 do CPC, de 2015, também prevê o dever de integridade, que pode ser entendido, em síntese, como a obrigação de os tribunais assumirem posicionamentos consistentes, seja com o que já foi decidido anteriormente, ou mediante a observância da Constituição Federal, das leis e dos precedentes vinculantes verticalmente superiores. O dever de integridade pressupõe a observância do dever de motivação e a utilização correta das técnicas de distinção e superação dos precedentes, evitando-se que eventuais modificações sejam inconsistentes ou desarrazoadas. Para Lucas Buril de Macêdo, o dever de integridade gera a obrigação ao tribunal de “respeitar a sua atuação anterior ou justificar a modificação da posição que foi adotada com referência e cuidado com o passado e suas consequências”²⁹⁴.

O dever de coerência representa a necessidade de os tribunais considerarem o que já foi decidido anteriormente, especialmente no âmbito interno, utilizando-se da autorreferência. Como afirma Alfredo Buzaid,

não se trata, pois, de aderir aos vários precedentes judiciais, porque eles podem ser contraditórios, mas sim de aderir a um precedente judicial único, que seja

²⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 548.

²⁹⁴ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, pp. 432-433. Vide também DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, pp. 559-560.

observado como regra e assim deve prevalecer, enquanto não substituído por outro precedente judiciário único, que atenda a novas condições políticas, sociais e econômicas²⁹⁵.

O dever de coerência representa, também, preocupação com a responsabilidade pelo que está sendo feito agora em relação ao futuro das decisões, ou seja, decidir não apenas levando em consideração o caso de hoje, mas também do futuro²⁹⁶. Aduz a doutrina que

[...] as decisões e pronunciamentos do sistema de Direito Jurisprudencial têm o condão de estabelecer pautas de conduta à comunidade jurídica. São elas que dão um mínimo de calculabilidade do comportamento do Judiciário – e aí reside uma das dimensões da jurisprudência estável do art. 926²⁹⁷.

Não por outra razão, devem ser coerentes com o que já foi decidido e também com a atuação do Poder Judiciário como um todo porque, tal como afirma Lucas Buril de Macêdo, o Poder Judiciário deve ser compreendido como um só²⁹⁸.

José Rogério Cruz e Tucci, por sua vez, entende dispensável o contido no art. 926 do CPC, de 2015, e considera que o legislador perdeu a oportunidade de estabelecer regulamentação adequada para a jurisprudência de todos os tribunais, a partir da sua natureza e origem²⁹⁹.

Para José Rogério Cruz e Tucci, o Código de Processo Civil, apesar de valorizar os precedentes judiciais e reafirmar a sua importância para a manutenção da segurança jurídica, o fez sem nenhum critério científico. Garantiu, assim, tratamento idêntico a todos os precedentes judiciais elencados em seus incisos, sem qualquer distinção, como se todos tivessem a mesma força vinculante³⁰⁰.

Para Rogério Schietti Cruz, o art. 927 do CPC, de 2015, apenas tornou mais claro e explícito o sistema de precedentes que já vinha sendo delineado no país por meio de

²⁹⁵ BUZUID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982, p. 132.

²⁹⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

²⁹⁷ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. A crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 337.

²⁹⁸ MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 433.

²⁹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 453. Lucas Buril de Macêdo, por outro lado, entende que o conteúdo do art. 926 do CPC, de 2015, é o mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, pois fornece as bases para a construção do *stare decisis* no país. (MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 433).

³⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 454.

alterações legislativas anteriores³⁰¹ e considera que cada inciso possui um grau de vinculação próprio e mecanismos de controle em relação à sua (in)observância. Entende, assim, que não há dúvidas de que os dois primeiros incisos possuem efeito vinculante total e os demais em grau menor³⁰².

Não há, contudo, qualquer distinção, pelo menos na letra da lei, quanto ao efeito vinculante, seja naquele artigo ou em qualquer outro da legislação. Todos os incisos legais estão relacionados ao mesmo *caput* do art. 927 do CPC, de 2015, que estabelece que aquelas decisões devem ser observadas pelos juízes e tribunais.

É bem verdade que, tal como afirma José Rogério Cruz e Tucci, o legislador perdeu a oportunidade de disciplinar os precedentes judiciais de acordo com o órgão que proferiu a decisão ou mesmo de estabelecer graus de vinculação diferenciados. Até porque elencou as súmulas vinculantes e as não vinculantes no mesmo inciso legal, estendendo o efeito obrigatório a todos os enunciados, não apenas àqueles qualificados emanados pelo Supremo Tribunal Federal em procedimento diferenciado e com previsão constitucional. E, também, porque algumas decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não têm, pelo menos à primeira vista, efeito obrigatório em relação aos juízes e tribunais hierarquicamente subordinados.

De qualquer sorte, o estabelecido pela legislação é que todas aquelas decisões devem ser observadas. Entende-se que melhor solução seria a utilização da expressão “efeito vinculante” no texto legal, evitando-se discussões sobre o sentido do verbo “observar” contido no *caput* do art. 927 do CPC, de 2015³⁰³, que será analisado no capítulo a seguir.

³⁰¹ Para o autor, já existiam mecanismos de vinculação no Código anterior e o que fez o art. 489 e 927 foi apenas enunciar esta vinculação. (SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 328). Realmente, o Código de Processo Civil (1973) já estabelecia alguns mecanismos de uniformização de jurisprudência, mas nada comparável ao sistema de precedentes judiciais inaugurado pelo novo Código.

³⁰² Id., *ibid*, p. 350.

³⁰³ Por exemplo, Leonard Ziesemer Schmitz afirma que as decisões elencadas no art. 927 do NCPC não têm efeito vinculante como as súmulas vinculantes previstas constitucionalmente. Segundo o autor, “não quis o Código dizer que os juízes e tribunais estão ‘vinculados’ aos pronunciamentos, devem, isto sim, observar determinadas decisões”. Enfatiza o autor que os tribunais não devem, então, deixar de considerar aqueles pronunciamentos elencados quando proferirem as suas decisões. (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 334). Entende-se, todavia, que este entendimento não é o mais acertado. Como se defende neste estudo, as decisões elencadas nos incs. do art. 927, CPC, de 2015, têm efeito vinculante, tal como consta no Enunciado nº 170, do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL

Nos itens anteriores deste estudo já foram apresentadas as razões gerais pelas quais os precedentes judiciais devem ser observados no Brasil, bem como realizou-se uma exposição sobre a necessidade da manutenção da coerência e estabilidade da jurisprudência nos tribunais.

Há disciplina constitucional e infraconstitucional sobre as Súmulas Vinculantes desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, o que não foi suficiente para que o restante do Poder Judiciário observasse os entendimentos sumulados pela mais alta Corte do país. Tanto que, pelo menos na seara penal, inúmeras reclamações constitucionais foram ajuizadas com o fim de fazer valer o Enunciado Sumular Vinculante nº 14, por exemplo, nos juízos hierarquicamente inferiores³⁰⁴. Isto demonstra que, apesar de o próprio nome do instituto conter o vocábulo “vinculante”, em alguns casos sequer tem emanado o efeito persuasivo.

³⁰⁴ A título exemplificativo tem-se: STF – 2ª T. – AgReg na Rcl 28903 – rel. para acórdão Min. Dias Toffoli – j. 23/03/2018 DJe 21/06/2018; STF – 2ª T. – AgReg na Rcl 25214 – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 09/03/2018 – Dje 21/03/2018, dentre outras várias decisões monocráticas da mesma Corte.

A análise da jurisprudência dos tribunais indica a intensa utilização de decisões passadas, recentes ou não, em novos provimentos judiciais³⁰⁵. Sem adentrar na discussão sobre a possibilidade de a indicação dos julgados anteriores satisfazer ou não os requisitos para que a decisão seja considerada motivada, nos termos do art. 489, § 1º, inc. V, do CPC, de 2015, muitas vezes a remissão ocorre apenas para demonstrar a existência de posicionamento diferente que não é observado neste novo provimento judicial. Isto também demonstra que, em algumas situações, os posicionamentos de Cortes mais elevadas não ensejam nem mesmo efeito persuasivo sobre os juízos inferiores.

Além disto, a análise da atuação dos Tribunais Superiores demonstra a mudança brusca de posicionamentos já consagrados, sem que tenha havido debate amplo ou mesmo indicação pelo tribunal de que havia tendência para mudança ou que ela ocorreria em um espaço curto de tempo. É bem verdade que antes do advento do Código de Processo Civil de 2015 eram em menor quantidade as discussões sobre a formação e obediência aos precedentes judiciais, mesmo sendo a oscilação jurisprudencial um problema detectado no país já no início do século XX³⁰⁶.

Pode-se concluir, portanto, que a necessária adoção de um sistema de precedentes no Processo Penal não decorreu do advento do Código de Processo Civil, em 2015, até porque já existiam mecanismos de unificação da jurisprudência antes da sua entrada em vigor (embargos de divergência no recurso especial, incidente de uniformização de jurisprudência e súmula vinculante).

Como exposto anteriormente, a manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência na seara penal é imprescindível para a segurança jurídica e a confiança no Poder Judiciário. Alterações constantes e abruptas de entendimentos são causadores de insegurança e incerteza para que os cidadãos pautem suas condutas e omissões, além de

³⁰⁵ Crítica à utilização de citação de outros casos apenas para fins de argumentação, sem qualquer indicativo de que são vinculantes ou mesmo para persuadir a Corte de Apelação inglesa a segui-los é encontrada em ALDRIDGE, Peter. Precedent in the Court of Appeal – Another View. *Modern Law Review*. Cambridge University, n° 47, 1984, p. 196. Perante a Suprema Corte dos Estados Unidos é comum que outros casos sejam citados, mesmo que não vinculantes, como aponta SHAPIRO, Martin. Appeal. *Law & Society Review*. University of Cambridge, v. 14, n° 3, 1980, p. 652.

³⁰⁶ Uma breve análise sobre a jurisprudência oscilante no Supremo Tribunal Federal ainda no início dos anos 1900 é encontrada em CANTISANO, Pedro. Supremo oscilante. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV, 2017, pp. 107-108. Relata o autor que “a jurisprudência oscilante do Supremo não é algo novo. É uma herança de muitos anos e não sabemos se continuará assim. O ministro Marco Aurélio disse certa vez que não tem compromisso com seus erros. Essa é uma defesa recente para um problema antigo — mudanças, às vezes, abruptas, de posição de ministros do Supremo sobre as mesmas questões ao longo do tempo. Críticas públicas a esse fenômeno são quase tão antigas quanto o próprio tribunal. Em julho de 1904, por exemplo, A Notícia publicou uma coluna intitulada ‘Jurisprudência Oscilante’. Em menos de uma semana, o Supremo havia proferido decisões diametralmente opostas.”

descredibilizar o Poder Judiciário. Quanto ao Processo Penal, apontamentos específicos são necessários, especialmente pela importância dos princípios da legalidade e da igualdade, bem como da tutela da liberdade.

É verdade que durante a tramitação do projeto de lei que culminou na aprovação do Código de Processo Civil, de 2015, a menção expressa de aplicação daquela legislação ao Processo Penal foi suprimida. Na redação aprovada, portanto, o art. 15 indica a aplicação supletiva e subsidiária das suas disposições aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos³⁰⁷, sem qualquer menção ao Processo Penal³⁰⁸.

Apesar disto, alguns dispositivos têm aplicação direta no Processo Penal. Isto porque o Código de Processo Civil, de 2015, além de estabelecer novo tratamento para o processo civil brasileiro, também revogou parcialmente a Lei nº 8.038/90, exatamente no que disciplinava os recursos especial e extraordinário, embargos de divergência, além da reclamação constitucional, todos cabíveis no Processo Penal.

Assim, com o advento do novo Código de Processo Civil, em 2015, tais matérias passaram a ter regramento único e, por força do art. 3º do Código de Processo Penal, atingiram o Processo Penal, pois houve revogação da lei especial esparsa que tratava do assunto, inexistindo disciplina específica senão aquela do novo Código de Processo Civil.

A discussão sobre a aplicabilidade dessas disposições dos recursos excepcionais estariam superadas caso o projeto de um novo Código de Processo Penal, que tramita há quase uma década no Congresso Nacional, fosse, enfim, aprovado. Isto porque o Projeto de Lei nº 156/2009 do Senado Federal, atualmente tramitando sob o número PL 8.045/2010 perante a Câmara dos Deputados, prevê regramento próprio para os recursos especial e extraordinário, bem como aos recursos repetitivos e, com a sua aprovação, especificidades do processo penal teriam disciplina própria. O projeto do novo Código de Processo Penal, contudo, nada dispõe sobre os embargos de divergência ou a reclamação constitucional, que permaneceriam sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, mantendo a necessidade de discutir a aplicabilidade ao Processo Penal, o que não parece adequado após longa tramitação legislativa e eventual aprovação de nova legislação processual penal que revogará o atual Código de Processo Penal.

³⁰⁷ Eis a redação do art. 15 do CPC, de 2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

³⁰⁸ Breve apontamento sobre a tramitação do projeto e a exclusão do Processo Penal da redação do dispositivo é encontrado em SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 69 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

Até que haja aprovação daquele projeto de lei ou mesmo o surgimento de outro específico para o Processo Penal, no entanto, aqueles recursos e a reclamação constitucional terão tratamento único pelo Código de Processo Civil, de 2015, e aplicação ao Processo Penal, sem sombra de dúvidas, por força do art. 3º do CPP³⁰⁹.

Entende-se, inclusive, que seria interessante que tais recursos tivessem regramento único ou muito semelhante, caso sejam previstos em legislações diferentes, o que facilitaria o processamento perante todos os tribunais e evitaria maiores discussões sobre especificidades de cada uma das matérias, como ocorreu em relação ao agravo contra decisão que negava seguimento ao recurso especial ou extraordinário, previsto na Lei nº 8.038/90, com prazos diferenciados para o Processo Penal e Processo Civil.

Esta aproximação entre Processo Penal e Processo Civil para a disciplina de determinadas matérias não é fenômeno exclusivo do Brasil. Em Portugal, na vigência do CPP de 1929, a disciplina sobre os assentos, cuja função era a promoção da unidade dos julgados, era assegurada pela Legislação Processual Civil³¹⁰. Modificações legislativas no Código de Processo Penal, em 1987, dispuseram sobre o recurso extraordinário para uniformização de jurisprudência no Processo Penal, com modificações relativas à eficácia das decisões proferidas³¹¹, o que distanciou o tratamento da matéria, até então única³¹².

Retomando a análise da aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal no Brasil, não há dúvidas quanto à necessária observância do art. 489, § 1º, do CPC de 2015, que trata da fundamentação das decisões judiciais, como exposto anteriormente neste estudo, já que o dispositivo regulamenta a exigência constitucional de que todas as decisões judiciais sejam motivadas (art. 93, inciso IX, CF/88) e não encontra qualquer correspondência na Legislação Processual Penal.

Mesmo que não houvesse previsão expressa no Código de Processo Penal de aplicação subsidiária e supletiva das disposições de Processo Civil relativas aos precedentes judiciais, os princípios da igualdade e da segurança jurídica, somados à

³⁰⁹ Sobre a aplicação do CPC de 2015 ao Processo Penal por força do art. 3º do CPP e 4º da LICC, vide FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Os reflexos da vinculação aos precedentes, prevista no Código de Processo Civil de 2015, no processo penal. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil*: elas escrevem. Recife: Armador, 2016, p. 242.

³¹⁰ BRANDÃO, Nuno. Contrastes jurisprudenciais: problemas e respostas processuais penais. In: COSTA ANDRADE, Manuel (Coord.). *Liber discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*. Coimbra, 2003, p. 1291.

³¹¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12 ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 838. Sobre o recurso extraordinário no direito português e sua função uniformizadora de jurisprudência, vide item 4.2.6.2 deste estudo.

³¹² Nuno Brandão afirma que o novo CPP, em 1987, “permitiu ao processo penal autonomizar-se nesta matéria do regime dos assentos do processo civil. Autonomia que se verificou não apenas quanto ao fundamento e à tramitação do recurso, mas também quanto à própria força vinculativa da decisão.” (BRANDÃO, Nuno. Op. cit., 2003, p. 1291).

importância da tutela da liberdade, impõem o respeito e manutenção do que já foi decidido anteriormente. Isto porque há extrema necessidade de que a tutela penal por meio das decisões judiciais seja igualitária, estável e com a devida observância da garantia da motivação, a ponto de os jurisdicionados poderem, sem insegurança ou desconfiança, pautarem as suas condutas ou omissões de acordo com o que vem sendo decidido pelos tribunais quando da interpretação das leis.

A coerência exigida do Poder Judiciário como um todo é potencializada no âmbito penal em razão da tutela à liberdade dos acusados, pois, como já afirmado anteriormente, uma norma deve ter apenas um significado ou interpretação. Justamente por isto a preocupação, não apenas do Brasil, mas de outros países, com a uniformização da jurisprudência³¹³. A oscilação entre entendimentos ou a convivência contemporânea de diferentes interpretações da lei constituem fenômeno prejudicial e perigosa, *“pues el hecho de que se extraigan de la misma ley consecuencias contrapuestas provoca perplejidad jurídica, la que, a su vez, consolida una singular manifestación de la inseguridad jurídica”*³¹⁴.

Nuno Brandão expõe que a questão é antiga em Portugal que, em 1926, instituiu, na Legislação Processual Civil, os assentos como forma de assegurar a estabilidade e a uniformidade da jurisprudência e transportou o instituto ao Código de Processo Penal em 1929. Apesar de atualmente os assentos não possuírem mais vinculação obrigatória, a preocupação com o fim dos contrastes jurisprudenciais persiste no país com a previsão de recurso com finalidade uniformizadora. O panorama é semelhante na Itália, em que pese inexistir legislação que estabeleça observância obrigatória aos precedentes.

Apesar de a Argentina não reconhecer o efeito vinculante das decisões de sua Suprema Corte, os Códigos de Processo Penal do país se preocupam com os prejuízos que a jurisprudência contraditória causam à segurança jurídica e, por isso, procuram estabelecer soluções – por meio de alguns recursos – para a uniformidade da interpretação judicial. Trata-se, segundo a doutrina daquele país, do reconhecimento da função

³¹³ Ainda em 1980, Martin Shapiro, ao tratar de recursos perante os tribunais, sinalizava que uma das responsabilidades das altas Cortes dos países era a uniformização do entendimento legal. O autor cita, inclusive, que o Canadá criou uma corte de apelação federal intermediária, como instância anterior à Suprema Corte, com esta finalidade no Direito Administrativo. (SHAPIRO, Martin. Op. cit., 1980, p. 632).

³¹⁴ CAFFERATA NORES, José I. et al. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Buenos Aires: Advocatus, 2012, p. 806.

nomofilática dos recursos, que extrapola a função apenas processual de reforma das decisões judiciais³¹⁵.

A Colômbia, por sua vez, no seu novo Código de Processo Penal, de 2005, previu, com o objetivo de uniformizar o entendimento nos tribunais, recurso de cassação específico para este fim (art. 180). Afinal, não basta que a lei seja igual para todos, é imprescindível que a interpretação da norma seja também igualitária³¹⁶.

Nota-se, portanto, que a preocupação com a segurança jurídica causada pela instabilidade dos entendimentos dos tribunais não é exclusividade do Brasil, mas no exterior vem sendo tratada especificamente pela legislação e doutrina penais, diferente do nosso país em que a matéria é remetida integralmente ao Código de Processo Civil e não há discussão legislativa no âmbito criminal sobre o assunto até o presente momento.

Apesar da importância da adoção de um sistema de precedentes no Brasil, isto não significa que deva haver uma transposição automática ou impensada dos institutos da *common law*, especialmente porque a organização judiciária é diferente e o acesso à Suprema Corte Americana, por exemplo, é infinitamente reduzido em comparação com o Supremo Tribunal Federal do Brasil. Ademais, enquanto a Suprema Corte americana escolhe os casos (em sua maioria *writ of certiorari*) discricionariamente para serem julgados³¹⁷ e que conseqüentemente formarão precedentes vinculantes ou discutirão os já existentes, o acesso ao Supremo Tribunal Federal no Brasil e a conseqüente formação de precedentes judiciais no âmbito criminal podem ocorrer mediante ações de controle de

³¹⁵ Id., *ibid.*, p. 767. Segundo a doutrina, “*una finalidad adicional es dable adscribir a los recursos que, sin embargo, yace fuera del concepto procesal de los mismos, y que se orienta al ya aludido aseguramiento de la seguridad jurídica. Se trata de la función nomofiláctica tendente a la consecución de la interpretación uniforme de las normas jurídicas, o, en otros términos, de la función política de unificación y de orientación de la jurisprudencia que, en tanto objetivo remoto, se reconoce generalizadamente a los recursos.*” (Id., *ibid.*, pp. 770-771).

³¹⁶ Além da previsão no Código de Processo Penal, as sentenças da Corte Constitucional colombiana enfatizam o efeito vinculante das suas decisões, bem como das decisões da Corte Suprema de Justicia, do Consejo de Estado e da Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. De acordo com a Sentença nº C-335, de 2008, “*redunda en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.*” (Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2018).

³¹⁷ Vale destacar que, inicialmente, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgava todos os casos que lhe eram propostos, mas o acúmulo de trabalho ensinou o Congresso a aprovar medidas para reduzir as hipóteses de acesso à Corte. (CORDRAY, Margaret Meriwether; CORDRAY, Richard. *The philosophy of certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection*. Washington DC: Washington University Law Quarterly, v. 82, 2004, p. 394; ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. *Writ of certiorari do direito estadunidense*. *Revista de Processo*, v. 266, abr. 2017, p. 485). A autora, inclusive, afirma que “a discricionariedade da Suprema Corte sofre questionamento porque está em contradição com o conceito tradicional de *judicial review*, que impõe aos tribunais o dever de julgar os recursos.” (Id., *ibid.*, p. 485).

constitucionalidade, casos individuais com arguição incidental de constitucionalidade, recursos extraordinários, *habeas corpus* e mandados de segurança julgados pelo Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais, como adiante exposto.

Percebe-se que os sistemas *civil e common law* aproximam-se pela codificação da legislação, aumento da quantidade de leis escritas e necessidade de previsibilidade, estabilidade das decisões e tratamento igualitário do jurisdicionado³¹⁸. As razões para a adoção de um sistema de precedentes no Brasil são idênticas aos dos países de *common law*. A aproximação dos sistemas, no entanto, não ocorre em relação aos mecanismos processuais para a formação dos precedentes. Neste aspecto, a legislação processual brasileira – no tocante aos recursos que unificam a jurisprudência ou podem formar precedentes vinculantes – é mais próxima de outros países de *civil law*.

É bem verdade que inexistente qualquer disposição, na legislação processual penal, quanto à observância obrigatória a precedentes judiciais. Por outro lado, não há dúvidas sobre a importância do tratamento igualitário das mesmas questões e manutenção da estabilidade da jurisprudência para garantir a segurança jurídica e o respeito ao Poder Judiciário.

O êxito e a eficácia dos precedentes vinculantes no Brasil dependem não apenas da previsão legal, mas também da busca pela motivação das decisões judiciais de maneira correta e completa, pela capacidade dos operadores do Direito em aplicar corretamente a teoria de precedentes³¹⁹. Por isto, uma análise sobre as decisões judiciais elencadas no art. 927, do CPC de 2015, consideradas pela doutrina como precedentes vinculantes no Brasil, é imprescindível sob a ótica criminal.

4.1 PRECEDENTES JUDICIAIS E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA PUBLICIDADE

A adoção de um sistema de precedentes judiciais pressupõe que as decisões judiciais obedeçam a critérios de motivação, como exposto anteriormente, mas também

³¹⁸ O Reino Unido, por exemplo, reuniu em 2005 as principais regras do Processo Penal em um único documento, denominado *Criminal Procedure Rules*. Segundo a doutrina, não houve mudança significativa nas disposições, pois a providência teve como objetivo tornar mais acessíveis as regras mais relevantes sobre a matéria. Além disto, o *Courts Act 2003* estabelece que um comitê discutirá e atualizará as regras de processo penal duas vezes por ano, as quais deverão ser observadas pelas Cortes que, atualmente, trabalham para equalizar a importância das regras escritas com as decisões judiciais. (ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *English legal system*. 17. ed. Edimburgo: Pearson Education Limited, 2016, pp. 430-431).

³¹⁹ SEDLACEK, Federico D. Miceláneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el Nuevo CPC de Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, p. 381 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

que decorram de processos em que as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório são observadas em sua plenitude.

No Processo Penal, o contraditório é concebido como a ciência da acusação, dos atos processuais. A possibilidade de contrariá-los de forma plena e efetiva não deve ser meramente formal, já que não basta a informação e a possibilidade de reação³²⁰. Neste contexto, somente são legítimas as decisões proferidas em processos desenvolvidos em contraditório, em que são levadas em consideração as argumentações das partes e as provas produzidas³²¹. Como já exposto anteriormente, apenas o que foi efetivamente debatido pode formar *ratio decidendi*, sendo vedada a decisão surpresa³²².

Em relação aos precedentes vinculantes, objeto de maior aprofundamento deste estudo, a observância do contraditório demanda ainda maior atenção, pois a decisão não apenas gera efeitos entre as partes do caso concreto, mas também é paradigma para outros casos, inclusive para aqueles que ainda não existem.

Assim, para a legítima formação de precedentes judiciais vinculantes é imprescindível não apenas o contraditório efetivo entre as partes com o acusado devidamente assistido por advogado, mas também a possibilidade de contraditório amplo com a sociedade, seja individualmente, por meio dos terceiros interessados atingidos pelo precedente judicial, ou coletivamente, por meio dos *amici curiae* ou em audiências públicas³²³ em que são discutidos os temas.

³²⁰ De acordo com Antônio Scarance Fernandes, “pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.” (SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 57). Segundo Ada Pellegrini Grinover, o contraditório divide-se em dois momentos: de conhecimento e reação. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa contraditória, igualdade e par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. *Novas tendências do Direito Processual* (de acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1).

³²¹ SOARES, Carlos Henrique. Princípio do contraditório no STJ. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 118.

³²² SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 25 e 34-35; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Op. cit.*, 2016, p. 79.

³²³ Crítica às audiências públicas (não) designadas perante o Supremo Tribunal Federal é encontrada em HERDY, Rachel. Quando a ciência está em jogo, a democracia não importa. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 46. A autora narra que o ministro Luiz Fux, ao final de uma audiência pública sobre o Código Florestal, considerou o ato como exercício de democracia participativa. Elival da Silva Ramos defende a ampla participação nos procedimentos de controle com a participação de grupos minoritários interessados nas questões constitucionais e a ampliação do rol dos legitimados a provocar o controle abstrato das normas. (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 462-463).

Como sustenta Rafael Motta e Correa, as audiências públicas democratizam a discussão e dão palavra aos indivíduos afetados pelos precedentes judiciais³²⁴.

Com o advento do Código de Processo Civil, em 2015, o *amicus curiae* passou a ser uma realidade normativa, com admissão mais ampla, uma vez que o art. 138 daquele diploma estabelece a possibilidade de admissão ou solicitação de “participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada [...] considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”³²⁵.

Além dessa previsão, o Código de Processo Civil, de 2015, no art. 927, § 2º, estabelece que a alteração de tese jurídica em casos repetitivos e enunciado de súmula poderá ter a participação de pessoas, órgãos ou entidades que contribuam para a rediscussão da tese.

Cássio Scarpinella Bueno afirma que “não se trata de um mero desejo, de uma mera faculdade derivada do sistema, mas, muito mais do que isto, de uma verdadeira regra de imposição aos juízes, única forma de legitimar as decisões a serem proferidas”³²⁶.

Sem sombra de dúvidas, a participação do *amicus curiae* pluraliza a discussão sobre a questão que transcende toda a sociedade, constituindo legitimidade popular, além de aprimorar qualitativamente a decisão³²⁷.

Luiz Henrique Volpe Camargo afirma que a intervenção do *amicus curiae* “configura o contraditório institucional e dá legitimidade democrática às decisões judiciais paradigmáticas, a serem seguidas em casos futuros comparáveis”³²⁸.

Na visão de Cássio Scarpinella Bueno, a participação do *amicus curiae* proporciona ao juiz condições de decidir de forma mais próxima à realidade do país e às necessidades

³²⁴ MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/15 e o dever de manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 499.

³²⁵ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019.

³²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no IRDR, no RE e RESP repetitivos: suíte em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC*. Em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017, p. 448.

³²⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Poderes e limitações processuais do *amicus curiae* no sistema pátrio. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 153 e 157. Para Rafael Motta e Correa, “é na oitiva do *amicus curiae* que a discussão judicial poderá ter maior aproveitamento técnico, pois este terceiro necessariamente será alguém que tem a possibilidade de contribuir e – quiçá – auxiliar na democratização e debate do quanto será julgado.” (MOTTA E CORREA, Rafael. Op. cit., jul. 2018, p. 499).

³²⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Brevíssimas noções sobre o *amicus curiae* no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei nº 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 282. No mesmo sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2017, p. 446.

dos jurisdicionados, colaborando, assim, para a formação dos precedentes judiciais³²⁹. Isto porque “é como se a intervenção do *amicus curiae* pudesse, em alguma medida, transportar para o ambiente decisório judicial as mesmas tensões e conflitos que permeiam o ambiente administrativo e legislativo”³³⁰.

Embora as especificidades sobre a admissão do *amicus curiae* em cada recurso ou incidente processual sejam tratadas no decorrer deste estudo, cabe destacar o entendimento de que é inegável a importância da sua participação na formação do precedente judicial, uma vez que as decisões terão efeito vinculante *ultra partes*. Isso não significa dizer que apenas formarão precedentes os casos em que haja a intervenção de terceiros interessados, pois o requisito exigido não é a efetiva atuação dos terceiros, mas a concessão da oportunidade de intervenção³³¹. O mesmo pode ser dito em relação às audiências públicas.

Defender, porém, a ampla participação e debate prévio à formação do precedente vinculante conduz à discussão sobre a observância da garantia da duração razoável do processo, questão de extrema relevância no Processo Penal. A Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, incluiu no *caput* do art. 5º, o inc. LXXVIII no texto constitucional, a garantia que, no âmbito criminal, adquire ainda maior importância, considerando que dilações indevidas na tramitação processual, especialmente quando há prisão processual, representam denegação de Justiça.

Assim, pode-se questionar se a abertura à participação de terceiros na discussão das questões jurídicas e posterior fixação ou superação do precedente não acarretaria atraso na prestação jurisdicional, mesmo em relação aos acusados presos. Isto porque seria necessária a análise dos pedidos de ingresso para verificar a pertinência temática, o interesse e a legitimidade do solicitante, bem como a concessão de prazos para manifestação no curso do processo, cuja apresentação da argumentação podem atrasar a tramitação processual.

³²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2017, p. 443. Sobre a necessidade de enfrentamento dos argumentos trazidos pelo *amicus curiae*, vide CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Op. cit., 2016, p. 286.

³³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., 2017, p. 446.

³³¹ Dado interessante sobre a quantidade de pedidos de *amicus curiae* perante o Supremo Tribunal Federal em dois casos criminais é encontrado em HARTMANN, Ivar A. Execução provisória da pena: defendendo os 2%. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos. O Supremo em 2016*. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 220: “Organizações que defendem um sistema penal melhor dedicaram-se a pedir a impossibilidade de execução provisória da pena de maneira nunca antes vista no Supremo. São 10 *amici curiae* nas duas ações. Todos eles apoiando a mesma posição. Entre os processos sobre direito penal, há apenas um no Supremo com mais *amici curiae* do que essa ação. Trata-se do RE 635659, sobre tráfico de drogas. Foram 19 manifestações da sociedade civil. O tempo que as associações tiveram para ingressar nos processos não foi o mesmo. Quanto menos tempo entre o início do processo e o julgamento, mais difícil fica mobilizar, produzir uma peça e ingressar no caso. No RE 635.659 as organizações ingressaram com um *amicus curiae* a cada 71 dias, em média. Nas ADCs 43 e 44 esforçaram-se para viabilizar um *amicus curiae* a cada 10 dias”.

Entende-se que, tanto o amplo debate – como uma das facetas do princípio do contraditório – quanto a duração razoável do processo devem ser perseguidos durante a tramitação processual, especialmente se houver suspensão de casos sob a mesma questão, nos casos de incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos e incidente de assunção de competência.

Para que haja harmonia entre as duas garantias constitucionais (contraditório x duração razoável do processo), é importante estabelecer prazos para que os pedidos de ingresso de *amici curiae* sejam realizados, bem como definido o calendário processual no tocante às audiências públicas. Além disto, é possível estabelecer que os prazos para apresentação dos argumentos das partes sejam sucessivos entre requerente/recorrente e requerido/recorrido, mas posterior ao ingresso de todos os *amici curiae*, evitando-se a abertura de novos prazos para manifestação de todos após cada pedido de ingresso.

É verdade, portanto, que a ampliação do debate pode atrasar o julgamento do caso, mas o efeito vinculante decorrente da formação do precedente judicial justifica o alargamento da discussão³³².

Depreende-se, portanto, que há compatibilização entre todas as garantias relacionadas, já que o contraditório e a ampla defesa são observados, permitindo o amplo debate com a abertura de oportunidade para que haja o ingresso de *amicus curiae* e a concessão de prazo, em que todos possam se manifestar sobre os argumentos contrários aos por si defendidos. Com o estabelecimento de calendários processuais, prazo único para o ingresso de terceiros e prazo comum, mesmo que sucessivo para as partes e os *amici curiae* se manifestarem sobre as teses contrárias, há observância da garantia da duração razoável do processo.

O amplo debate aumenta a relevância do princípio da publicidade em um sistema de precedentes judiciais, mas a ampliação da discussão e a efetivação do contraditório somente são possíveis quando há conhecimento sobre a existência do debate.

Somente com a publicidade dos atos é possível que a sociedade tenha ciência sobre a discussão para uniformização da jurisprudência, alteração de posicionamento consolidado ou debate sobre tema relevante para a formação de um entendimento até então inexistente³³³.

³³² Sobre a ampliação do debate em *habeas corpus* afetado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal e a ausência de prejuízo na duração razoável do processo, vide item 4.2.6.1 abaixo.

³³³ Ao tratar especificamente sobre as decisões de controle de constitucionalidade, que têm efeito vinculante, Elival da Silva Ramos afirma que a “publicidade das decisões de controle é *aspect correlate* à sua fundamentação, pois o que se pretende é a justificativa, perante a comunidade servida pela Corte, de suas

Em momento anterior à formação dos precedentes judiciais, os tribunais devem divulgar da maneira mais ampla possível, a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, de assunção de competência, afetação de recursos repetitivos ou destaque de qualquer questão relevante de interesse geral da sociedade, com respectivos números dos autos e temas.

Além da divulgação eletrônica em seus *sites*, os tribunais devem encaminhar os dados ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que as informações sejam disponibilizadas de maneira centralizada e com a constância necessária para viabilizar o conhecimento de todos.

Neste sentido é a redação do art. 979 do Código de Processo Civil, de 2015, mas que apenas trata da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas: “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.” A providência, ao nosso ver, deve ser estendida também a outras classes processuais.

Durante a tramitação dos casos e anterior à formação dos precedentes, a importância da publicidade ganha outro contorno: a necessidade de amplo acesso aos autos a terceiros, viabilizando complementar ou contrapor os argumentos já existentes e a divulgação da designação das audiências públicas. O amplo debate com a participação de terceiros somente é possível quando não houver sigilo nos autos, sob pena de restrição de acesso aos argumentos e elementos em sua integralidade, essenciais para que haja contraditório pleno.

Não se está a defender a extinção do sigilo dos autos na seara criminal apenas porque o país passou a adotar um sistema de precedentes judiciais. Independentemente da entrada em vigor do Código de Processo Civil, de 2015, e todas as disposições sobre os precedentes judiciais, a decretação de sigilo é exceção e ocorre apenas em situações em que há necessidade de preservação da intimidade.

É plenamente viável a convivência entre o princípio da publicidade, a decretação excepcional de sigilo e a formação de precedentes judiciais. Em havendo necessidade de manutenção do sigilo, outro caso público e que trate sobre o mesmo tema deve ser escolhido como representativo da controvérsia para substituí-lo. Assim, não haverá qualquer ofensa ao princípio da publicidade, pois o acesso a terceiros será viabilizado,

decisões concretizadoras da vontade constitucional.” (RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 465).

tampouco violação à intimidade, já que o sigilo será mantido e o caso apenas deixará de ser o representativo da controvérsia. Não haverá, também, prejuízo à formação do precedente judicial, pois a tese continuará a ser discutida e os argumentos contidos no caso sigiloso, mesmo que ainda não estejam na nova causa-piloto, serão trazidos por terceiros que terão acesso aos autos e abertura para requerer a participação³³⁴.

Após a tramitação do caso e realização dos debates, a publicidade torna-se imprescindível na formação de precedente judicial justamente porque o art. 93, inc. IX da Constituição Federal de 1988 estabelece, ao lado da necessidade de motivação das decisões judiciais, que os julgamentos serão públicos. A motivação das decisões relaciona-se intrinsecamente à publicidade dos atos porque assegura a imparcialidade e a independência do juiz, garantindo um correto exercício da função jurisdicional³³⁵, viabilizando a análise sobre a legalidade da decisão³³⁶, pois “sem conhecer as razões que a inspiraram, impossível saber se ela é ou não conforme a lei”³³⁷.

E, por fim, a publicidade tem destaque porque somente com o conhecimento do que foi decidido é possível a aplicação do precedente ou mesmo o correto uso das técnicas da distinção e superação, questões analisadas nos itens 2.7.1 e 2.7.2 deste estudo.

Entende-se, portanto, que a íntegra da decisão judicial, considerada como precedente judicial, deve ser pública, não bastando que apenas a ementa seja disponibilizada a todos.

Neil Duxbury sustenta a imprescindibilidade de que os precedentes sejam conhecidos por quem lhes deva submissão, bem como a necessária sistematização dos *reports*, sob pena de as decisões não serem conhecidas e dificultarem a constatação de os tribunais estarem observando ou contrariando o precedente. O autor afirma que a transcrição eletrônica dos precedentes e da base de dados da Corte diminuiu o perigo de utilização de precedentes “surpresa”, conhecidos apenas por aqueles que tinham acesso aos registros privados³³⁸. A mesma preocupação com a publicidade das decisões judiciais é

³³⁴ Sobre a atuação processual, entrega de memoriais, requerimento de diligências ou provas, sustentação oral e possibilidade de recorrer, vide LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Op. cit., 2016, pp. 159-172.

³³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

³³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 34.

³³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano IV, v. 16, 4º trim. 1978, p. 116.

³³⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, pp. 5-7.

encontrada na Argentina, dentre outros países. Segundo Federico D. Sedlacek, é necessário agregar a publicidade para garantir a opinião pública sobre os atos dos tribunais³³⁹.

Com razão, José Rogério Cruz e Tucci afirma que é “imperioso que os tribunais divulguem as suas decisões, sobretudo daquelas referentes às teses mais polêmicas, a nortear as demais cortes de justiça, evitando com isso, indesejada divergência pretoriana”³⁴⁰.

Neste sentido é o art. 926, § 5º do CPC, de 2015, ao dispor que “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

A publicação das decisões judiciais, chamada de *reporting* nos países de *common law*³⁴¹, é uma realidade no país. A pesquisa *online* de jurisprudência é sincronizada com a publicação das decisões no Diário de Justiça e a busca por termos, em todos os tribunais, é realmente abrangente³⁴².

A divulgação das decisões (ou *reporting*) deve identificar as partes, a data da decisão, os nomes dos juízes, as palavras-chave (*catchwords*) para possibilitar a busca das questões essenciais do resultado, um resumo das pretensões e das questões fáticas discutidas, a *ratio decidendi* e outros precedentes sobre o assunto, especialmente quando for caso de superação ou distinção, e o resultado do julgamento (*the judgment*)³⁴³.

O Brasil atende a esses requisitos de publicação das suas decisões judiciais, mesmo quando se trata de precedentes não vinculantes³⁴⁴, salvo nas hipóteses em que há decretação de sigilo, em que apenas a ementa é pública e a íntegra do acórdão é acessível somente às partes do caso concreto.

³³⁹ SEDLACEK, Federico D. Op. cit., 2015, p. 377.

³⁴⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 455.

³⁴¹ Segundo a doutrina inglesa, muitos casos, mas não todos, são publicados nos *law reports*, *legal database* e *online*. Inclusive apontam, com fulcro em precedente de 2009 (Rv. Erskine) que as partes devem selecionar os casos a serem citados para não sufocar a Corte com informações, o que enseja a preocupação de que a doutrina de precedentes pode ser oprimida pelo grande número de julgamentos publicados, questão completamente diversa do Brasil que publica todas as suas decisões judiciais. (ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. *English legal system*. 17. ed. Edimburgo: Pearson Education Limited, 2016, p. 15).

³⁴² Neil Andrews, em palestra proferida em agosto de 2017 perante a Associação de Advogados de São Paulo, afirmou que o Brasil tem um dos sistemas mais avançados do mundo de divulgação *online* das decisões judiciais dos seus tribunais. (ANDREWS, Neil. *Palestra sobre precedentes judiciais*. São Paulo: Associação de Advogados de São Paulo (apresentação oral). São Paulo, ago. 2017.

³⁴³ SEDLACEK, Federico D. Op. cit., 2015, pp. 21-22. Por sua vez, Robert S. Summers aponta que os *reportings* devem também conter as opiniões divergentes. (SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 363-364).

³⁴⁴ Ao tratar do *reporting* nos países de *common law*, Federico D. Sedlacek aponta que há seleção de alguns julgamentos para publicação, em razão da sua idoneidade para constituir precedentes. Situação diversa é vista no Brasil, que publica todas as suas decisões. (SEDLACEK, Federico D. Op. cit., 2015, p. 9).

Após o advento do Código de Processo Civil, de 2015, os tribunais criaram ou aumentaram os seus Núcleos de Gerenciamento de Precedentes Judiciais (NUGEP), justamente para que haja maior divulgação e organização na divulgação das decisões judiciais com efeitos vinculantes³⁴⁵ e, assim, atender melhor a garantia da publicidade dos atos judiciais prevista constitucionalmente.

4.2 AS DECISÕES DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA NO PROCESSO PENAL

Como anteriormente exposto, a adoção de um sistema de precedentes no Brasil decorre atualmente da legislação processual civil, aplicável ao Processo Penal em razão do art. 3º do Código de Processo Penal, mas especialmente da necessidade de manutenção da estabilidade da jurisprudência e tratamento igualitário do jurisdicionado. Ao considerar, porém, as peculiaridades do Direito Penal e Processual Penal, é imprescindível analisar o art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015, para estabelecer, no âmbito criminal, realmente quais são as decisões que podem ser consideradas – pelo menos em tese – precedentes vinculantes, sem prejuízo de reconhecer que todas as demais decisões colegiadas, especialmente dos Tribunais Superiores, possam formar precedentes persuasivos e que não devam ser ignorados ou desconsiderados.

4.2.1 Decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade

O primeiro inciso do art. 927 do CPC, de 2015, estabelece como precedente de observância obrigatória as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, quando a análise sobre a (in)constitucionalidade de lei ocorrer abstratamente por meio das ações diretas de

³⁴⁵ Conforme informação constante no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, “os Núcleos de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP) foram criados pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 235, de 2016, que revogou a Resolução nº 160/2012) para assessorar o Presidente do Tribunal, além de participar na especialização dos servidores dos Tribunais encarregados do processamento de Recurso Extraordinário e Recurso Especial e do gerenciamento do acervo de processos submetidos aos institutos da repercussão geral, do julgamento de casos repetitivos e do incidente de assunção de competência. [...]. Aos núcleos cabem uniformizar e informatizar o procedimento de gerenciamento dos processos submetidos à sistemática da repercussão geral, dos casos repetitivos e do incidente de assunção de competência, gerenciar e unificar os procedimentos administrativos decorrentes da aplicação dos precedentes, assim como subsidiar a seleção dos grupos de representativos pelos órgãos competentes, e monitorar os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, alimentando o banco nacional de dados do Conselho Nacional de Justiça e a página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo na internet. Manterão, com essa finalidade, dados atualizados sobre os processos sobrestados ou não, mas sujeitos à técnica de casos repetitivos e assunção de competência, identificando o acervo a partir do tema e do recurso paradigma, e encaminharão ao Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Conselho Nacional de Justiça relatórios, via *web service*, o respectivo *status* processual em que se encontram.” (Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Nugep>>. Acesso em: 10 dez. 2018).

inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental³⁴⁶.

Essas decisões, por força de outras disposições legais (art. 102, § 2º da Constituição Federal de 1988, art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/99 e art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99), têm efeito vinculante. Considerando a posição do Supremo Tribunal Federal como órgão máximo do Poder Judiciário e guardião da Carta Magna, é natural que essas decisões tivessem efeito vinculante em relação a todos os demais juízes e órgãos do Poder Judiciário mesmo sem qualquer previsão legal, tal como ocorre com as decisões da Corte Suprema, na Argentina³⁴⁷, Corte de Cassação, na França, e do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha³⁴⁸.

É imprescindível, porém, apontar que a vinculação prevista pelas leis supracitadas não é decorrente do mesmo motivo previsto no art. 927, inc. I, do CPC, de 2015.

A Constituição Federal de 1988 e as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99 estabelecem que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade deverão ser observadas porque os efeitos da coisa julgada são *erga omnes*, além de retroativos e gerais. Assim, por expressa disposição legal, os demais órgãos do Poder Judiciário estão vinculados ao que foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no dispositivo da decisão³⁴⁹.

³⁴⁶ Sobre as ações de controle concentrado de constitucionalidade no direito brasileiro vide item 4.2.1 deste estudo. Um breve apanhado sobre o tema no mundo sob a ótica da adoção de um sistema de precedentes é encontrado em ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 388-391.

³⁴⁷ Como expõe Santiago Legarre, apesar de a própria Suprema Corte Argentina reiteradamente assentar que as suas decisões não possuem efeito vinculante, a afirmação vem acompanhada do alerta: os tribunais inferiores não devem se rebelar contra a autoridade daquelas decisões, sob pena de reforma. (LEGARRE, Santiago. Precedent in Argentine Law. *Loyola Law Review*, v. 57, 2002, p. 786. Disponível em: <[http://law.loyno.edu/sites/law.loyno.edu/files/Legarre-FINAL\[2\].pdf](http://law.loyno.edu/sites/law.loyno.edu/files/Legarre-FINAL[2].pdf)>. Acesso em: 2 de dezembro de 2018).

³⁴⁸ TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 115-118; ALEXY, Robert. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, pp. 26-29; SEDLACEK, Federico D. Op. cit., 2015, pp. 4-5, afirmando que o controle de constitucionalidade na Argentina é uma das causas mais fortes de explicação do *stare decisis* naquele país. Sobre a Argentina, aponta-se que havia previsão, na Constituição revogada de 1949, de que a interpretação da lei feita pela Corte Suprema era de aplicação obrigatória.

³⁴⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 537; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 381. Na Espanha, tal como atualmente no Brasil, as decisões do Tribunal Constitucional em controle abstrato de constitucionalidade, têm efeito vinculante e *erga omnes*, conforme lição de MORAL, Antonio Torres del. El Tribunal Constitucional espanhol en negativo. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010, pp. 712-713. O autor, ao afirmar que o controle de constitucionalidade naquele país visa salvar a norma legal, onde é possível evitar lacunas desnecessárias no ordenamento, rechaça que o Tribunal Constitucional espanhol realiza função nomofilática. Na Inglaterra, por sua vez, há vinculação aos precedentes da Suprema Corte (antiga *House of Lords*), mas a

Por outro lado, o art. 927, inc. I, do CPC, de 2015, estabelece vinculação obrigatória do Poder Judiciário aos fundamentos determinantes da decisão em controle concentrado de constitucionalidade, que passa a ser precedente judicial³⁵⁰ de observância obrigatória a partir de sua publicação. Ou seja, a *ratio decidendi* das decisões proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário (vinculação vertical)³⁵¹, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal) até que haja *overruling* ou aplicação de *distinguishing*.

Tem-se, portanto, disposições legais específicas e diferentes para estabelecer duas formas também distintas de vinculação à decisão proferida: a eficácia *erga omnes* do dispositivo da decisão e o efeito vinculante em relação aos motivos determinantes.

Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “a adequada tutela jurisdicional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas”³⁵². No mesmo sentido é o posicionamento de Francisco Rosito, ao afirmar que tais decisões constituem autênticos precedentes constitucionais, “imprescindíveis para que a Corte possa dar efetiva tutela à Constituição Federal”³⁵³.

Pode parecer desnecessário que o inciso legal preveja a vinculação das decisões em controle abstrato de constitucionalidade por duas razões: primeiro, porque a competência para o reconhecimento abstrato da (in)constitucionalidade é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, cuja posição na organização judiciária já garante que suas decisões sobre (in)constitucionalidade sejam observadas por todos; e, segundo, porque já há disposição legal específica de efeito *erga omnes* do dispositivo.

Corte não analisa questões jurídicas em abstrato. (ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. Op. cit., 2016, p. 12).

³⁵⁰ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 306.

³⁵¹ Exatamente neste sentido ocorre o Poder Judiciário colombiano. Como já afirmado anteriormente, além da previsão no Código de Processo Penal sobre a necessária uniformização de entendimento jurisprudencial por meio dos recursos, a Corte Constitucional, na sua Sentença nº C-539 de 2011 reiterou a vinculação das suas decisões, especialmente em respeito ao princípio da segurança jurídica. E, por ser a Corte de mais alto nível hierárquico no país, “*sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta*”. Além do fundamento hierárquico para observância das decisões, no entanto, “*la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional*.” (Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>>. Acesso em: 2 de dezembro de 2018).

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, pp. 304-305.

³⁵³ ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 391.

Entende-se que o Código de Processo Civil, de 2015, fez a opção de qualificar algumas decisões judiciais, considerando-as precedentes judiciais vinculantes, preocupado com a manutenção da estabilidade da jurisprudência e com a observância das razões de decidir pelos demais juízes de todos os órgãos do Poder Judiciário. O efeito *erga omnes* dessas decisões judiciais é inerente a esta forma de controle de constitucionalidade³⁵⁴, mas é decorrente da coisa julgada e em relação ao seu dispositivo, não suas razões de decidir. É importantíssimo, no entanto, que as razões que ensejaram o reconhecimento da (in)constitucionalidade sejam não apenas levadas em consideração em decisões futuras, mas, também, sejam observadas obrigatoriamente por todos.

Considera-se, assim, que a previsão do efeito vinculante constante no art. 927, inc. I, do CPC, de 2015, representa o reconhecimento expresso da função nomofilática do Supremo Tribunal Federal enquanto Tribunal Constitucional.

Não se está a defender aqui que o Supremo Tribunal Federal deva assumir atuação somente como Corte de Precedentes ou que se transforme em uma Corte Constitucional europeia com atenção exclusiva ao contencioso de normas visando à supremacia do texto constitucional³⁵⁵. Não se defende, tampouco, a necessidade de transferência da competência de última instância revisora integralmente ao Superior Tribunal de Justiça.

Impossível negar a importância do Supremo Tribunal Federal como efetivo guardião da Constituição Federal e detentor da última palavra sobre o texto constitucional. Para tanto, é de extrema relevância que atue unificando entendimentos divergentes, examinando abstratamente a constitucionalidade das leis ou mesmo estabelecendo entendimentos sobre o texto constitucional para evitar que posicionamentos contraditórios surjam e desestabilizem a atuação do restante do Poder Judiciário. Neste contexto encontram-se as decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade após o amplo debate, com a abertura à participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas³⁵⁶.

³⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., 2010, p. 85.

³⁵⁵ Posição defendida por RAMOS, Elival da Silva. Id., *ibid.*, pp. 467-468.

³⁵⁶ Sobre a presença do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, vide por todos RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., 2010, p. 466. Victor Bazán, ao tratar da Corte Constitucional argentina, afirma que aquele país vem abrindo vias de participação popular que podem levar a uma democratização do debate de questões polêmicas e de envergadura constitucional. Afirma o autor que “os instrumentos de participação nos processos de controle e a motivação e publicidade das decisões neles produzidas constituem antídotos poderosos ao isolamento esquizofrênico, sob o prisma democrático-funcional, das Cortes Constitucionais.” (BAZÁN, Víctor. El derecho procesal constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010, p. 65).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal tem importante função de correção das decisões proferidas pelas Cortes de Justiça do país quanto à aplicação do texto constitucional, não como terceira instância recursal. Trata-se, como define Daniel Mitidiero, de função reativa da Corte Superior, pois é uma atribuição do exercício do controle sobre outras decisões judiciais.

Entende-se que, na atualidade, as funções de nomofilaquia e de correção (reativa) do Supremo Tribunal Federal são indissociáveis. Apenas uma reforma constitucional que estabelecesse novos limites à atuação daquele Tribunal poderia alterar a atual condição do Supremo Tribunal Federal como Corte Suprema.

É bem verdade que modificações legislativas – e entendimentos da própria Corte – vêm diminuindo gradativamente a função reativa ou a competência originária do Supremo Tribunal Federal. Diz-se isso em razão do estabelecimento da repercussão geral para os recursos extraordinários, limitando a discussão de questões que tenham interesse social que extrapole o subjetivo das partes do caso concreto, bem como a restrição ao foro privilegiado.

De qualquer sorte, entende-se que há convivência harmônica entre as funções de correção e nomofilática daquela Corte que, às vezes, mesmo ao julgar casos concretos individuais, uniformiza a jurisprudência e estabelece precedentes judiciais, sem prevalência da função nomofilática sobre a reativa ou vice-versa.

Diante desse contexto, e considerando a necessidade de estabelecer no texto legal a observância obrigatória dos precedentes judiciais, entende-se que a previsão quanto às decisões de controle abstrato de constitucionalidade é salutar, evitando-se que apenas o dispositivo – e não a *ratio decidendi* – seja observado por todos os juízes e tribunais.

O problema maior na formação do precedente deste inciso legal e na aplicação posterior das decisões em controle abstrato, pelo efeito vinculante, reside na identificação da *ratio decidendi* no acórdão. O problema não ocorre exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal e tampouco no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, mas em todos os tribunais colegiados, justamente pela adoção de votos individualizados no país, mesmo quando coincidentes.

Em razão disto, inclusive, é possível que mesmo as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, cujo efeito vinculante decorre da previsão legal (art. 927, inc. I, CPC, de 2015), não formem precedentes judiciais. Pode parecer contraditória esta afirmação, no entanto, a premissa para a formação dos precedentes judiciais é a existência de *ratio decidendi*. Com a votação colegiada é possível que a

inconstitucionalidade seja reconhecida por unanimidade de votos, mesmo sem haver coincidência ou concordância nos fundamentos dos julgadores.

É possível, portanto, que não haja a formação de precedente vinculante por ausência de maioria de votos com os mesmos fundamentos e, conseqüentemente, o não estabelecimento de uma *ratio decidendi* comum³⁵⁷. Mesmo assim, a decisão terá efeito *erga omnes*, pois, como dito, relaciona-se com o dispositivo da decisão, cuja maioria se formou.

A prática de apresentação de votos separados (individuais), como ocorre no Brasil, não é adotada na Alemanha³⁵⁸, Itália³⁵⁹ e França³⁶⁰. Na Espanha é rara a apresentação de voto coincidente em separado, mas os dissidentes são publicados³⁶¹. A Suprema Corte americana adota a realização de conferências privadas (sessões secretas a portas fechadas)³⁶² para discussão dos casos e emissão de votos, oportunidade em que o

³⁵⁷ Sobre a dificuldade de encontrar uma *ratio decidendi* comum, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC. Lei 13.105, de 16.03.2015*. Fundamentos e sistematização. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 150. A este respeito tem-se a afirmação de Luiz Fux e Bruno Brodard de que “é muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros.” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 42, n° 269, jul. 2017, p. 426). Federico D. Sedlacek afirma que “cuando los votos de los miembros de un tribunal no encuentran un punto de conexión en el tratamiento de un conflicto y sólo convergen en la parte resolutive, difícilmente cumplan el objetivo de lograr el efecto vertical sobre los jueces de las instancias anteriores, lo que resulta absolutamente comprensible.” (SEDLACEK, Federico D. Op. cit., 2015, p. 24).

³⁵⁸ Na Alemanha, o voto dissidente em separado é aceito apenas no âmbito constitucional. ALEXY, Robert. Op. cit., 1997, p. 23.

³⁵⁹ Perante a Corte de Cassação italiana, a decisão é colegiada, mas o voto é escrito por um dos julgadores com a opinião da Corte, contendo os argumentos do que foi decidido, sob a sua ótica. Após a elaboração do voto, é assinado pelo subscritor e pelo presidente do órgão julgador. (TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, p. 145).

³⁶⁰ Na França, há presunção de que a votação sempre é unânime, sem a apresentação de votos separados. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Op. cit., 1997, p. 110; SHAPIRO, Martin. Op. cit., 1980, 653. François Rigaux, ao tratar da Bélgica, afirma que “tudo o que contribui para a clareza é saudável, e mesmo que a faculdade de unir um voto separado hoje às vezes contaminada pelo estrelado ambiente, ela revela a maneira pela qual o direito se elabora realmente no interior das cortes e tribunais. O fato de tal debate ser abafado nas jurisdições obrigadas a emitir votos monolíticos nos priva da mesma informação e mantém um outro vício: o teor de motivações frouxas, puramente formais, ou cujo ritmo balanceado, as contradições internas, revele a existência de conflitos latentes entre os membros do tribunal.” (RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 288). Para o autor, constitui uma situação muito embaraçosa quando uma maioria não consegue se formar em relação a um fundamento (*plurality opinion*) porque os juizes se plantam em posicionamentos irredutíveis.

³⁶¹ MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in Spain. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997, p. 264 e 269.

³⁶² PERRY JÚNIOR., Henry W. *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard, 1994, pp. 43-44. Sobre a existência de sessões secretas no passado do Supremo Tribunal Federal no Brasil e a discordância do Ministro Marco Aurélio, vide FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

presidente da Corte, se estiver com a maioria, indica quem deve redigir a decisão final. Se o voto do Presidente for dissidente da maioria, a redação cabe ao juiz mais antigo entre os que formaram a posição majoritária³⁶³. Mesmo com apontamentos de posicionamentos individuais³⁶⁴, os votos refletem o entendimento de um conjunto de julgadores, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que cada julgador – mesmo que concorde com outro julgador inteiramente – pode apresentar voto avulso com seu posicionamento pessoal.

No Reino Unido, por sua vez, poucas divergências são apontadas em votos individualizados, tendo a doutrina apontado que em 2014, por exemplo, apenas um quinto dos casos analisados – de um total de 68 – incluíram um voto divergente³⁶⁵.

Uma comparação entre os mencionados países demonstra a preocupação em estabelecer decisões únicas que reflitam o entendimento do órgão julgador, não individual de cada magistrado, facilitando a extração da *ratio decidendi*, ainda mais em decisões que não apenas terão o dispositivo aplicado de maneira ampla a terceiros, mas também seus motivos determinantes.

Providência interessante seria o acórdão destacar os fundamentos vencedores, ou seja, que obtiveram maioria de votos e formaram a *ratio decidendi*, evitando que a sua extração posterior fique prejudicada pela dificuldade em localização nos votos individuais e notas taquigráficas constantes no acórdão³⁶⁶.

Como dito, estabelecer o efeito vinculante às decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade foi salutar, mas a previsão legal não garante, por si só, que formem precedentes com tal efeito, uma vez que isto depende, também, da motivação adequada e qualificada, além da maioria coincidente de motivos para a formação da *ratio decidendi*.

4.2.2 Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR

³⁶³ TOOBIN, Jeffrey. *Os nove por dentro do mundo secreto da Suprema Corte*. Trad. de Paulo André Vieira Ramos Arantes. São Paulo: Saraiva Educação, Série IDP, 2018, p. 43. Sobre a redação conjunta do voto divergente no caso emblemático sobre o direito ao aborto no direito americano, vide a mesma obra (Id., *ibid.*, pp. 72-75). Segundo Martin Shapiro “*individual justices sign majority, concurring, and dissenting opinions (McWhinney, 1953). They cite previous opinions of the Court, which they purport to follow but are free to reject (Stone, 1971). Opinions take the form of personal, discursive essays that use both legal and nonlegal arguments to explain and justify the decision.*” (SHAPIRO, Martin. Op. cit., 1980, p. 652).

³⁶⁴ Sobre os votos nas Cortes de Apelação, vide SHAPIRO, Martin. (Id., *ibid.*, p. 653), indicando que há uma maximização da visibilidade individual dos julgadores, o que possibilita o estudo de cada um dos posicionamentos pelas partes.

³⁶⁵ ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. Op. cit., 2016, p. 13.

³⁶⁶ O destaque da tese fixada já ocorre, mesmo que de forma mais suscinta, quando do reconhecimento da repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal.

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil, de 2015, está o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, doravante chamado de IRDR, decorrência direta da preocupação do legislador com a repetitividade de algumas questões jurídicas perante os tribunais e com a fixação de precedentes para evitar decisões contraditórias³⁶⁷.

Fábio Victor da Fonte Monnerat conceitua demandas repetitivas como “aquelas que não possuem questões controvertidas acerca de fatos, mas exclusivamente de direito, e que, por disciplinar uma relação jurídica massificada, atingem individualmente um grande grupo de jurisdicionados”³⁶⁸. A repetitividade no âmbito criminal já era objeto de preocupação, e antes mesmo do advento do Código de Processo Civil, em 2015, já se aplicava o procedimento dos recursos repetitivos no Processo Penal perante os Tribunais Superiores. Com o novo Código e o aumento da preocupação do legislador com a estabilidade da jurisprudência, previu-se no seu art. 927, inc. III, que seriam de observância obrigatória as decisões proferidas nesses incidentes de resolução de demandas repetitivas.

A aplicação do incidente, como será apontado a seguir, ainda é incipiente no Processo Penal, mas representa uma das maneiras de resolver as incongruências e conflitos jurisprudenciais num mesmo tribunal, com a finalidade de uniformizar os entendimentos. E, em havendo fixação de tese com o julgamento do incidente, formar-se-á precedente vinculante para aplicação nos casos que tratem da mesma questão, justamente com o objetivo da adoção de um sistema de precedentes no âmbito penal: a busca pelo tratamento igualitário.

³⁶⁷ MENDES, Aluísio Goncalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pp. 578-579 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC); NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. Cabimento, admissibilidade, extensão do sobrestamento dos processos e da tese jurídica fixada – no incidente de resolução de demandas repetitivas. In: DANTAS, Bruno et. al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, pp. 419-420.

³⁶⁸ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei nº 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 146.

O procedimento do incidente (hipóteses de cabimento, tramitação perante o Tribunal e outras questões) é remetido integralmente ao Código de Processo Civil, de 2015, devido à ausência de qualquer previsão específica a respeito no Processo Penal³⁶⁹.

O IRDR está previsto no Capítulo VIII, Título I, Livro III do Código de Processo Civil (art. 976 e seguintes) e tem como objetivo unicamente discutir a matéria de Direito³⁷⁰ para tutelar a segurança jurídica e garantir tratamento igualitário a situações jurídicas idênticas e repetidas³⁷¹. Os requisitos para a instauração e admissibilidade do incidente serão analisados a seguir. Cabe pontuar, no entanto, que a premissa para a utilização do incidente é a existência de múltiplos casos com questões jurídicas idênticas que possuam entendimentos judiciais divergentes ou antagônicos.

O incidente é, portanto, um meio legítimo de discussão de questões jurídicas e fixação de precedentes judiciais para utilização em casos futuros ou que já tramitam. A restrição de discussão apenas ao âmbito jurídico é inerente ao conceito de precedente e de *ratio decidendi*, apontados em itens anteriores deste estudo, pois, como já exposto, apenas as razões de decidir possuem efeito vinculante. Tal restrição, todavia, não afasta a necessidade e pertinência de análise e consideração da hipótese fática dos casos³⁷² para fixação do precedente e posterior aplicação, como será exposto mais adiante.

É bem verdade que o processo penal nunca se preocupou, pelo menos para estabelecer disciplina legal, com a litigiosidade repetitiva, pois sempre se pensou no caso

³⁶⁹ Devido à escassa literatura sobre o tema no Processo Penal, inclusive na literatura estrangeira, a candidata optou por discorrer sobre todos os aspectos do IRDR, não apenas sobre o julgamento do incidente e a formação do incidente.

³⁷⁰ “Não cabe IRDR para definição de questões de fato; apenas para questões de direito.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 15. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2018, p. 733). Inexiste qualquer outra restrição à matéria objeto do incidente, nos termos do Enunciado nº 88, do FPPC: “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo: Juspodivm, 2017). Por outro lado, Antonio do Passo Cabral entende que o IRDR pode ser utilizado para definição de uma questão fática comum a vários processos, mediante uma interpretação extensiva da expressão “questão de direito comum” constante no art. 976, do CPC, de 2015. (CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos coletivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, v. 10, 2016, p. 56 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

³⁷¹ Sobre a inconstitucionalidade do IRDR, vide NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1966; e ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, v. 240, fev. 2015, pp. 221-242.

³⁷² Rayssa Cristina Santiago dos Santos considera possível o isolamento da questão jurídica para fixação da tese e posterior aplicação a casos com hipóteses fáticas distintas. (SANTOS, Rayssa Cristina Santiago dos. Incidente de resolução de demandas repetitivas à luz do acesso à Justiça. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018, p. 226).

penal individualmente³⁷³. O aumento do número de casos sobre as mesmas questões jurídicas perante os tribunais e a busca da estabilidade da jurisprudência e tratamento igualitário aos jurisdicionados, no entanto, impõem o uso de mecanismos para formação de precedentes judiciais nesta matéria³⁷⁴.

A possibilidade de uso do incidente no Processo Penal decorre da previsão do art. 3º do CPP frente à ausência de previsão específica sobre o assunto no Código de Processo Penal e inexistência de qualquer instituto semelhante no âmbito penal³⁷⁵. Tal como afirmado no capítulo 1 deste estudo, a estabilidade do entendimento dos Tribunais e o tratamento igualitário de situações idênticas são pressupostos para um Direito Penal igualitário e legítimo³⁷⁶. E, considerando que o incidente de resolução de demandas repetitivas é o mecanismo adequado para fixação de tese quando há multiplicidade de processos sobre o mesmo tema, a sua utilização no Processo Penal, além de ser aceita, passa a ser recomendável, com vistas a acabar, ou pelo menos diminuir, o tratamento desigual de situações que deveriam ter a mesma solução. O incidente de resolução de demandas repetitivas representa, portanto, uma forma de unificação da jurisprudência e observância dos deveres de coerência e integridade exigidos de todos os Tribunais.

Dessa maneira, a aceitação do IRDR e a transposição da sua disciplina ao Processo Penal levam em consideração a duração razoável do processo e o princípio da eficiência, pois há fixação de uma tese jurídica e aplicação a diversos outros casos em julgamento e

³⁷³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 164.

³⁷⁴ Apesar de apresentar a importância do IRDR e considerar sua utilização no processo penal, há quem aponte que o incidente “não se trata de instrumentos vocacionados precipuamente para a formação de precedentes.” (Id., *ibid.*, p. 165).

³⁷⁵ Neste sentido, vide também TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 470 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

³⁷⁶ Em parecer apresentado pelo IRDR perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Ministério Público afirmou que “parece-nos não haver dúvida quanto à admissibilidade desta ferramenta também no âmbito do processo penal, sabendo-se que, na forma do disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, diante da lacuna legislativa pode incidir, por analogia, a norma prevista na lei adjetiva civil aplicável a casos semelhantes.” (TJSP – Turma Especial Criminal - IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000 – rel. Péricles Piza – parecer de 04/08/2018).

futuros³⁷⁷, evitando-se, por exemplo, que as mesmas questões sejam individualmente discutidas em inúmeros recursos perante os Tribunais³⁷⁸.

Em que pese não haver correspondência do instituto – pelo menos no âmbito criminal – em outros países (Itália, Espanha, Estados Unidos, Inglaterra, França, Chile, Argentina), o Código de Processo Penal colombiano prevê a possibilidade de julgamento de vários casos, de uma só vez, como forma de unificar a jurisprudência do tribunal (art. 186³⁷⁹). Não se trata propriamente de um incidente como previsto no Brasil, tampouco de recurso repetitivo com procedimento diferenciado, mas acumulação de vários casos para decisão conjunta. Mesmo assim, a previsão legal denota a importância da existência de um mecanismo para unificação da jurisprudência criminal que possibilite o julgamento conjunto de vários casos iguais, exatamente como ocorre com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Os Tribunais Regionais da 3ª e 4ª Região já decidiram sobre a inadmissibilidade de IRDR no âmbito criminal, por entenderem que nesta seara sempre há discussão sobre questões fáticas e não exclusivamente de Direito³⁸⁰. É verdade que os incidentes devem versar apenas sobre questões jurídicas, no entanto, vedar a admissibilidade do IRDR na seara penal apenas pela matéria ser atrelada aos fatos é equivocado.

Primeiro, porque todo Processo Penal, salvo nas hipóteses de discussão de constitucionalidade em abstrato, refere-se a fatos narrados pela acusação na denúncia. E mesmo nos processos de execução penal, quando não há mais descrição de fatos delituosos, mas a busca do cumprimento da pena imposta, há discussão sobre fatos (decorso de tempo para progressão de regime, cumprimento em regime mais gravoso, etc.).

Depois, porque existem inúmeras questões jurídicas penais e processuais penais que podem ser discutidas abstratamente, ou seja, sem que haja necessidade de exame de

³⁷⁷ Breve discussão sobre o cabimento de IRDR no âmbito criminal foi trazida pelo TJAC no julgamento da admissibilidade do seu primeiro incidente no Estado (TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016). Na doutrina que trata sobre a aceitação de colocar dados de IRDR no âmbito criminal, vide LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Juspodvm, 2015, pp. 106-107.

³⁷⁸ Apenas a título exemplificativo, dados numéricos apresentados pelo relator no primeiro IRDR proposto perante o TJAC: 10% de todos os 10% dos agravos em execução penal interpostos naquele Tribunal eram relativos à matéria do IRDR e sempre que o Desembargador Francisco Djalma participava do julgamento havia interposição de embargos infringentes e de nulidade, fazendo a matéria ser discutida no plenário do TJAC. De acordo com o acórdão, dos 103 Embargos Infringentes e de Nulidade distribuídos naquele Tribunal, 27 versaram sobre a matéria objeto do IRDR.

³⁷⁹ “Art. 186. A juicio de la Sala, por razones de unificación de la jurisprudencia, podrán acumularse para ser decididas en un mismo fallo, varias demandas presentadas contra diversas sentencias.”

³⁸⁰ Menção a estes julgados é encontrada na obra de KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 171: TRF 4ª R. – 4ª Seção – IRDR 5046424-07.2016.404.0000 – rel. Cláudia Cristina Cristofani – DJe 25/04/2017; TRF 3ª R. – 4ª Seção – IRDR 0016124-77.2016.403.0000 – rel. Maurício Kato – Dje 05/05/2017.

fatos ou valoração de provas. Tanto que há milhares de recursos especiais e extraordinários em tramitação perante os tribunais superiores e não há, por força legal e sumular, reexame de fatos e provas naquelas Cortes. Equivocado, portanto, o entendimento adotado pelos Tribunais Regionais Federais anteriormente indicados.

Entende-se, portanto, que é possível o uso do incidente no Processo Penal para a formação de precedentes vinculantes, desde que preenchidos os requisitos de cabimento.

O IRDR depende de um processo em tramitação para instauração. Como expõem Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha, a inexistência de caso em tramitação no Tribunal altera a natureza jurídica do IRDR de incidente para processo originário, o que não é possível por ofensa à previsão constitucional e legal sobre a competência dos tribunais³⁸¹.

O pedido de instauração do IRDR deve ser realizado em algum caso em tramitação no Tribunal³⁸² ou, em havendo múltiplos casos envolvendo o solicitante, como ocorre com o Ministério Público, Defensoria Pública ou mesmo juiz de Primeira Instância, deve haver indicação de pelo menos um caso judicial sobre a matéria que tramita no Tribunal para que haja processamento e posterior análise quanto à admissibilidade³⁸³. Para fins deste estudo, considera-se imprescindível que pelo menos um caso esteja em tramitação no Tribunal³⁸⁴, pois nesta hipótese já há decisão judicial de mérito sobre o tema e amadurecimento das discussões mediante contraditório, não havendo óbice de que a repetitividade ocorra em instância inferior.

O caso vinculado ao IRDR é chamado de “caso-piloto” ou “representativo da controvérsia”. Trata-se do primeiro requisito sobre o cabimento do incidente. O Desembargador Relator do IRDR nº 1000892-29.2016.8.01.0000, do Tribunal de Justiça do Acre, ao analisar pedido formulado pelo Ministério Público sobre progressão de regime

³⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 732 e 735.

³⁸² Discussões doutrinárias sobre a existência de pelo menos um caso em tramitação no Tribunal como pressuposto para a instauração do IRDR, são encontradas em SANTOS, Rayssa Cristina Santiago dos. Op. cit., 2018, pp. 226-227.

³⁸³ Para Lucas Buri de Macêdo, em que pese ser chamado de “incidente” e exigir-se a tramitação de um caso perante o Tribunal, a discussão no IRDR pode ser muito mais amplo do que o estabelecido no caso concreto. (MACÊDO, Lucas Buri. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 529). Antonio do Passo Cabral demonstra preocupação com a escolha da causa-piloto no incidente e estabelece, para tanto, dois vetores orientadores. O primeiro é a amplitude do contraditório no processo originário, representada pela maior quantidade de argumentos, qualidade e diversidade no debate, além da ocorrência de contraditório efetivo e inexistência de restrições à cognição e à prova no processo originário. O segundo vetor, de acordo com o autor, é a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário, que justamente efetivam o aumento da quantidade e diversidade de argumentos, elementos do primeiro vetor. (CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., 2016, pp. 44-61).

³⁸⁴ Neste sentido é o Enunciado nº 344 do FPPC: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: JusPodivm, 2017).

e utilização de monitoramento eletrônico na hipótese de ausência de vagas em estabelecimento prisional, determinou a intimação do autor para que indicasse algum caso em tramitação no Tribunal (“caso-piloto”) que justificasse sua instauração³⁸⁵ antes de analisar a admissibilidade do incidente. O fundamento de tal decisão foi justamente o caráter incidental do instituto e a impossibilidade de criação, por força de lei federal, de nova competência para tribunal estadual, em detrimento da Constituição do respectivo Estado.

Os demais requisitos obrigatórios de cabimento do IRDR são: a existência de “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”, conforme previsão legal do art. 976, incs. I e II³⁸⁶.

No tocante à repetição de processos, a legislação silencia sobre a quantidade, mas as discussões e conclusões da doutrina Processual Civil podem ser transportadas ao Processo Penal.

Posicionamento interessante sobre a quantidade de casos a justificar o cabimento do IRDR é trazido por Rita Dias Nolasco e Cláudia Elisabete Schwerz, que indicam uma necessária multiplicidade de casos em Primeira Instância e pelo menos um caso sobre o tema em tramitação no Tribunal³⁸⁷.

Constata-se que não há exigência de grande quantidade de processos perante o Tribunal, mas alguns com decisões conflitantes³⁸⁸ sobre a mesma questão jurídica, o que já indica tratamento diferenciado a situações idênticas e descumprimento, pelo menos em tese, do estabelecido no art. 926 do CPC em relação à manutenção da estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência³⁸⁹.

³⁸⁵ Conforme consta no acórdão do referido IRDR do TJAC, o Ministério Público indicou um caso sobre o tema (nº 0101942-86.2014.8.01.0000/5000), mas sustentou sua dispensabilidade, o que foi rechaçado pelo colegiado. (TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016).

³⁸⁶ A doutrina entende que os requisitos são obrigatórios de maneira conjunta e não alternativa. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 732).

³⁸⁷ NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. Op. cit., 2017, p. 424.

³⁸⁸ MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, v. 10, 2016, p. 67; DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 734). Daniel Amorim Assumpção Neves, por sua vez, afirma que a multiplicidade das ações com a mesma questão jurídica deve ser analisada sob o prisma da ofensa ou não da segurança jurídica e que a existência de algumas decisões contrárias não é suficiente para colocar em risco a isonomia. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1401).

³⁸⁹ Com este entendimento, vide TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016.

A existência prévia de controvérsia³⁹⁰, em alguns casos (repetitividade), é pressuposto para a instauração do IRDR, já que a convergência de entendimento e inexistência de conflito entre as decisões não coloca em risco a quebra da isonomia e a segurança jurídica, outro requisito legal para cabimento do IRDR (art. 976, inciso II, CPC/15)³⁹¹.

Este é, inclusive, o entendimento firmado pelo Enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”³⁹².

O risco à isonomia e à segurança jurídica é um requisito único com dois fatores. O risco à isonomia ocorre quando dois ou mais juízes decidem a mesma questão jurídica de maneira diversa, gerando soluções conflitantes em um mesmo espaço de tempo no ordenamento jurídico. O risco à segurança jurídica, por sua vez, corresponde a um ambiente de incerteza sobre determinado entendimento, impossibilitando que o jurisdicionado tenha pleno conhecimento sobre as consequências de seus atos ou omissões e possa decidir de maneira livre e consciente a partir do posicionamento dos Tribunais³⁹³.

Lucas Buri de Macêdo defende o cabimento de IRDR mesmo quando não há um número expressivo de demandas sobre a mesma questão, desde que haja possibilidade de multiplicação de discussão sobre o tema³⁹⁴. Não se concorda, contudo, com essa posição,

³⁹⁰ Sobre a necessidade de “controvérsia já disseminada” vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 734; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Há possibilidade de utilização do incidente de assunção de competência quando houver repetição de demandas a respeito de uma mesma relevante questão de direito? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHBACH, Marcela (Coords.) *Recursos no CPC/15. Perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 342. Alexandre Freitas Câmara considera que a repetitividade se configura pela grande quantidade de casos. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 477). Edilton Meireles afirma que “bastam dois processos, a serem julgados por juízes ou tribunais diversos, para que possa ocorrer esse risco.” (MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 91).

³⁹¹ Conforme já decidido pelo Tribunal de Justiça do Acre (TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016), “além da repetição de processos envolvendo a mesma questão de direito, faz-se necessário que haja fundado risco de que esta controvérsia importe em sistemático tratamento desigual entre partes na mesma situação, com repercussão suficiente para importar prejuízo à segurança jurídica.” E, também, NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., 2015, p. 1968.

³⁹² PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017.

³⁹³ MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 91; FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 408. Sobre a isonomia e a segurança jurídica como razões para a adoção de um sistema de precedentes, vide capítulo 1 deste estudo.

³⁹⁴ MACÊDO, Lucas Buri. Op. cit., 2015, p. 526.

pois se considera incabível IRDR preventivo³⁹⁵. Em havendo um pequeno número de casos com possibilidade de multiplicação futura, entende-se que poderá ser instaurado o Incidente de Assunção de Competência (IAC), mecanismo de criação de precedentes que será analisado no próximo item deste estudo. Para que justamente não haja sobreposição dos incidentes e coincidência das hipóteses de cabimento, entende-se que o IRDR deve ser manejado apenas quando houver múltiplos processos (demandas repetitivas) sobre o mesmo tema, sendo cabível o IAC para fixação de precedente de maneira preventiva.

A doutrina, ao tratar do “caso representativo da controvérsia ou causa-piloto”, ressalta a pertinência de indicar ou escolher mais de um processo em tramitação, inclusive com argumentos opostos e decisões em sentido diverso, justamente para que a discussão seja a mais ampla possível e a questão jurídica seja efetivamente resolvida³⁹⁶. A legitimidade do precedente formado em IRDR decorre justamente da amplitude da discussão pela extensão da matéria ou pela multiplicidade de participantes nos debates, já que a decisão formada terá efeito vinculante.

Na hipótese de haver indicação de apenas um caso, compete ao relator, mediante decisão fundamentada³⁹⁷, a complementação da seleção mediante a escolha de outros casos, a fim de constatar se realmente a questão é controversa, já que a existência de processos repetitivos sem divergência de entendimento não enseja cabimento de IRDR, além de possibilitar que os argumentos e teses conflitantes sejam debatidos durante a tramitação do incidente e que, ao final, haja fixação do precedente judicial.

Há, por fim, um requisito negativo para a instauração do IRDR. Conforme previsão do § 4º do art. 976, do CPC, de 2015, o incidente é incabível “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

Assim, quando um dos Tribunais Superiores tiver afetado recurso repetitivo para discutir a mesma questão jurídica, ou já tiver fixado entendimento por súmula ou em julgamento de recursos repetitivos, não será possível a instauração do incidente³⁹⁸. E, na hipótese de já ter sido instaurado, deve ser inadmitido (art. 976, §3º, CPC/15), por não preencher os requisitos legais de cabimento do incidente. Isto porque a decisão proferida

³⁹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 735; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 343.

³⁹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., 2016, pp. 43-44. Ademais, como dispõe o art. 10 do Código de Processo Civil, a discussão sobre questão de Direito também é exigência do contraditório.

³⁹⁷ Id., *ibid.*, p. 45.

³⁹⁸ Para Lucas Buril de Macêdo, trata-se de fato impeditivo. MACÊDO, Lucas Buril. Op. cit., 2015, p. 527.

pelos Tribunais Superiores, por força do art. 927, inc. III, CPC, de 2015, será aplicada em território nacional com efeito vinculante³⁹⁹.

Este foi exatamente o ocorrido no IRDR n° 1000892-29.2016.8.01.0000 do Tribunal de Justiça do Acre, pois durante a sua tramitação, antes da admissibilidade do incidente, houve julgamento e publicação do acórdão de Recurso Extraordinário Representativo da Controvérsia n° 641.320/RS, do Supremo Tribunal Federal, sobre a mesma matéria. Em decisão acertada, o Tribunal de Justiça do Acre reconheceu que a decisão do Supremo Tribunal Federal superou a divergência existente, considerando-a um precedente vinculante, decidido em caso repetitivo e, por isto, não admitiu o IRDR anteriormente instaurado⁴⁰⁰.

São legitimados para requerer a instauração do IRDR, segundo a redação do CPC, de 2015 (art. 977): por petição, as partes que atuam em algum processo repetitivo, Ministério Público e Defensoria Pública, mesmo que relativamente a casos em que não atuaram legitimamente como parte⁴⁰¹; e, por ofício, o presidente do respectivo Tribunal, o relator ou juiz de Primeira Instância⁴⁰². No âmbito criminal, a legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público adquire ainda maior amplitude e importância, já que atuam na maioria dos processos em tramitação. A doutrina de Processo Civil entende que a atuação da Defensoria Pública somente deve ocorrer em situações em que esteja presente o

³⁹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, pp. 735-736; MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 69.

⁴⁰⁰ TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016. Em síntese, foram quatro os fundamentos para a inadmissibilidade do incidente: 1) a questão foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal em regime de recurso repetitivo, inexistindo controvérsia; 2) não cabe IRDR quando a tese é afetada pelos Tribunais Superiores, nos termos do Código de Processo Civil; 3) a instauração de um incidente para discussão de matéria “já resolvida por Tribunal Superior em precedente repetitivo e súmula vinculante é absolutamente desnecessária”; e 4) a admissão do IRDR demandaria suspensão dos casos, prejudicando quem depende de uma resposta célere daquele tribunal. Em que pese não ter sido admitido o incidente, o plenário daquele Tribunal decidiu instituir um grupo de trabalho para analisar e aperfeiçoar mecanismos para melhorar a prestação jurisdicional em relação à progressão de regime prisional naquele Estado.

⁴⁰¹ SANTOS, Rayssa Cristina Santiago dos. Op. cit., 2018, p. 228.

⁴⁰² Para Edilton Meireles, a parte que atua apenas em um caso sobre a questão repetitiva é legítima para requerer a instauração. Sobre os magistrados, afirma que “ainda que o relator não officie provocando o incidente, nada impede do órgão colegiado fracionário assim decida, oficiando-se o presidente do Tribunal.” (MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 95). Também sobre o tema, MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, p. 147). Lucas Buriel de Macêdo considera os entes públicos interessados e as associações civis com pertinência temática com o incidente também como legitimadas para requerer. (MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, p. 526-527). De acordo com pesquisa realizada por Amanda de Araújo Guimarães até janeiro de 2017, de 133 pedidos de instauração do incidente em todo o país, 39% foram requeridos por pessoas físicas, 30% por juízes, 27,8% por pessoas jurídicas, e 0,3% pelo Ministério Público e Defensoria Pública. (GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017, pp. 244-250).

“signo da vulnerabilidade”⁴⁰³. No Processo Penal a legitimidade para requisição de instauração do incidente decorre da sua atuação ao representar os acusados (partes) em grande parte dos processos criminais em tramitação.

Não há previsão legal sobre o momento adequado para requerimento de instauração do IRDR, podendo-se concluir que caberá durante a tramitação dos casos perante o tribunal, mas antes da fixação da tese por Tribunal Superior⁴⁰⁴. Na hipótese do incidente ser requerido em mais de um processo, o presidente do Tribunal deve determinar o apensamento ao primeiro que tiver sido apresentado e a suspensão dos demais para julgamento conjunto⁴⁰⁵. Não há previsão legal a este respeito, cabendo aos regimentos internos dos tribunais estabelecer o procedimento para processamento e julgamento dos incidentes⁴⁰⁶.

O incidente poderá ser proposto em qualquer tribunal – estadual ou federal – inclusive perante os Tribunais Superiores⁴⁰⁷. A competência para a admissibilidade e o julgamento do IRDR é de órgão colegiado do tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência, indicado no seu regimento interno, nos termos do art. 978 do CPC, de 2015.

Trata-se de questão inerente à organização judiciária de cada Tribunal, não havendo restrições, exceto a necessidade de respeito à clausula de plenário (art. 97 da Constituição Federal de 1988 e Súmula Vinculante n° 10) para discussão de

⁴⁰³ TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 190. A autora diferencia a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública nos atos de instrução processual, indicando que esta tem limitação maior, cabendo-lhe apenas os atos inerentes às demais partes processuais, não tão amplos quanto os do Ministério Público em razão de ausência de atribuição autônoma na lei processual. A diferenciação faz sentido apenas no Processo Civil, já que no Processo Penal dificilmente a Defensoria Pública estaria representando pelo menos uma das partes dos processos afetados pelo incidente, mesmo que não sobrestados. (Id., *ibid.*, p. 191).

⁴⁰⁴ MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 98; BARBOSA, Leonardo Mateus Negreiros. Incidente de resolução de demandas repetitivas: a competência para julgar a causa paradigma após a fixação da tese jurídica. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coord.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018, p. 204.

⁴⁰⁵ Neste sentido é o Enunciado n° 89 do FPPC (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017) e MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 118.

⁴⁰⁶ Sobre as regras gerais de procedimento do IRDR nos Tribunais, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, v. 10, 2016, p. 229 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC) e MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, pp. 116-124.

⁴⁰⁷ A doutrina pouco trata dos incidentes perante os tribunais superiores. Por todos, vide MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, pp. 131-132 e DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, pp. 630-631. Pelo não cabimento do IRDR perante os Tribunais Superiores, vide PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 341. A autora afirma que isto “significa aos tribunais superiores o reconhecimento de seu próprio fracasso quanto à função de dar unidade à interpretação do direito nas causas que são de sua competência originária, já que um dos requisitos do IRDR é o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

inconstitucionalidade de lei⁴⁰⁸. O órgão colegiado que analisará o incidente também será competente para o julgamento do processo representativo da controvérsia, conforme previsão do art. 978, parágrafo único, do CPC, de 2015, uma vez que aplicará ao caso concreto a tese jurídica decidida no IRDR.

Em alguns Estados, o regimento interno dos Tribunais prevê a possibilidade de indeferimento liminar monocrático do pedido de instauração quando proposto por parte ilegítima ou ausentes os pressupostos para instauração⁴⁰⁹, o que representa economia processual, uma vez que não serão levados a julgamento de admissibilidade incidentes que não atendam minimamente aos requisitos legais, pois são ineptos à formação de precedentes. O presidente do Tribunal, no entanto, que recebe o pedido de instauração, e o relator sorteado não têm competência para admissibilidade monocrática do incidente⁴¹⁰.

De qualquer sorte, entende-se aplicável ao IRDR criminal a previsão do art. 932, parágrafo único do CPC, de 2015, que autoriza o relator a conceder prazo de cinco dias para a parte, desde que legítima, sanar vício ou complementar a documentação exigível⁴¹¹, com o aproveitamento dos atos processuais praticados até o momento. Trata-se de medida salutar a fim de evitar a repetição dos atos processuais anteriores e o prolongamento da instabilidade e insegurança jurídica pela existência de decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

O juízo de admissibilidade do IRDR é uma etapa processual de extrema importância, pois fixa a controvérsia⁴¹² a ser discutida no incidente que, posteriormente, será aplicada com efeito vinculante aos demais casos que envolvem a mesma questão⁴¹³. Não se trata, ainda, de fixação da *ratio decidendi*, mas de delimitação do tema e objeto da

⁴⁰⁸ MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, pp. 98-99. Lucas Buril de Macêdo entende que órgão colegiado que julga o IRDR deve ser aquele que tem competência para fixar enunciados sumulares.

⁴⁰⁹ Art. 368-C, II e art. 181-G, respectivamente. Apontamento sobre o tema é encontrado em DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 231.

⁴¹⁰ Sobre o processamento do IRDR perante os tribunais, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 229. Os autores, ao tratarem da competência colegiada para o julgamento de admissibilidade ou não do IRDR expõem que “parece razoável permitir ao relator que inadmita monocraticamente incidente que verse sobre questão já decidida pelo STJ em recursos repetitivos (art. 976, § 4º), por exemplo, a problemática torna-se muito mais sensível quando se trata de definir se há ou não repetição suficiente para instaurar o incidente ou se o material é ou não de direito, o que justifica que este juízo seja atribuição do órgão colegiado.” (Id., *ibid.*, p. 232).

⁴¹¹ Id., *ibid.*, p. 232.

⁴¹² Edilton Meireles aponta que não cabe recurso de modo imediato contra a decisão que admite o incidente, por se tratar de uma decisão interlocutória, devendo a matéria ser deduzida em eventual recurso especial ou extraordinário contra a decisão de mérito. O mesmo autor afirma que na hipótese de inadmissão caberão os recursos excepcionais, desde que preenchidos requisitos legais. (MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 131).

⁴¹³ Não por outra razão é facultada a possibilidade de sustentação oral na sessão de julgamento de admissibilidade do IRDR.

discussão⁴¹⁴. De acordo com Sofia Temer, a decisão de admissão identifica o “objeto provisório” do IRDR e “tem como objetivo preparar o Judiciário e os cidadãos (litigantes ou não) para o julgamento que está por vir”⁴¹⁵.

A título exemplificativo, aponta-se trecho do acórdão do IRDR analisado perante o TJAC que estabeleceu objetivamente, quando do juízo de admissibilidade, a controvérsia jurídica posta em discussão:

a controvérsia que estaria a gerar divergência de interpretação no âmbito deste Tribunal cinge-se à consequência jurídica da ausência de vagas em estabelecimento prisional destinado ao regime semiaberto, envolvendo, portanto, típica matéria de direito penal, a ser resolvida no âmbito de um procedimento previsto no CPC⁴¹⁶.

Somente com o debate entre as partes e a apresentação de todos os argumentos sobre o tema haverá fixação da *ratio decidendi*.

Todas as disposições sobre requisitos para propositura/requerimento, legitimidade ativa, competência, momento processual, estabelecidas para o Processo Civil no respectivo CPC, de 2015, são aplicáveis ao Processo Penal, como anteriormente exposto. É neste momento processual, entretanto, que reside a diferença substancial entre o Processo Civil e o Processo Penal. É bem verdade que o art. 982, inc. I, do CPC, de 2015, determina que, em sendo admitido o IRDR, o relator, dentre outras providências, “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região.”

A doutrina processual civil enfatiza que a suspensão dos processos é mandatória e automática quando o incidente for admitido⁴¹⁷. Discorre, inclusive, sobre a necessidade de fundamentação adequada para a prorrogação da suspensão quando o incidente não for

⁴¹⁴ Como afirma Sofia Temer, “a decisão de admissão é responsável por identificar o objeto provisório do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse primeiro juízo, o órgão julgador deverá analisar a questão sob a perspectiva do que lhe foi apresentado no ofício ou petição requerendo a instauração e deverá delimitar sobre o que se refere o incidente, indicando a questão jurídica.” (TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 120-121).

⁴¹⁵ Id., *ibid.*, pp. 120-121.

⁴¹⁶ TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Ladivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016.

⁴¹⁷ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 746. Edilton Meireles aduz que “a lei é imperativa. Deve mandar suspender.” (MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, pp. 103-104). Lucas Buri Macêdo afirma que “basta a admissão do incidente para que seja devida a suspensão dos processos pertinentes, independentemente de qualquer outro pressuposto.” (MACÊDO, Lucas Buri. Op. cit., 2015, p. 527). Nestes termos também é o Enunciado nº 92 do FPPC: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

julgado no prazo de um ano, estabelecido em lei (art. 980, parágrafo único, CPC, de 2015)⁴¹⁸.

Entende-se, porém, que a providência não é adequada para o Processo Penal. Apesar da possibilidade de haver suspensão parcial do feito, pedido de tutela de urgência no curso da suspensão processual (art. 982, § 2º do CPC, de 2015), bem como distinção dos casos e não suspensão de casos em razão da diferença fática ou de questão jurídica do caso concreto, a paralisação do andamento processual não atende aos postulados da duração razoável do processo, especialmente nas hipóteses em que há prisão cautelar, medidas cautelares alternativas à prisão e internação provisória de inimizável.

Luís Felipe Schneider Kircher afirma que a regra da suspensão deve ser afastada quando houver riscos de prescrição ou manutenção de prisão indevida e aponta que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser possível a suspensão do prazo prescricional em processos penais sobrestados pelo reconhecimento da repercussão geral⁴¹⁹. Para este estudo, no entanto, tal entendimento não parece ser o mais acertado.

A aplicação do IRDR ao Processo Penal decorre da ausência de previsão legal semelhante na legislação criminal. O Código Penal, no entanto, estabelece os prazos prescricionais, bem como todas as hipóteses de interrupção da prescrição, não havendo que se falar em omissão que enseje a aplicação das regras do Código Civil ou de Processo Civil no tocante à suspensão da prescrição⁴²⁰.

Pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça do país revelou que a maioria dos incidentes criminais encontrados são para fixação de tese jurídica para a execução penal, em que pese haver outros temas com litigiosidade repetitiva nos Tribunais.

Por um lado, a formação e aplicação de uma tese jurídica aplicável a todos os processos sobre o mesmo tema representa atingir o objetivo de tratamento igualitário, justificativa para a adoção de um sistema de precedentes. Por outro, a suspensão de todos os processos, independentemente da fase processual em que se encontram, pode representar ofensa à duração razoável dos processos criminais e à economia processual, já que todas as partes afetadas pela admissão do IRDR deverão ser intimadas sobre a suspensão para, somente após isto, apresentarem os argumentos capazes de distinguir os casos.

⁴¹⁸ MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 111.

⁴¹⁹ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 169.

⁴²⁰ Inclusive a doutrina processual civil enfatiza que a suspensão da prescrição no IRDR foi afastada durante a tramitação legislativa (art. 990, § 5º do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS 166/2010). (TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 124-125).

A melhor solução, segundo entendimento deste estudo, é a não aplicação automática do disposto no art. 982, inc. I, do CPC, de 2015 (suspensão dos processos), salvo quando for, por decisão fundamentada do relator, demonstrada a necessidade, pertinência e ausência de prejuízo. E, mesmo nestas hipóteses, há possibilidade de as partes apontarem elementos que distingam os casos, evitando a suspensão do processo ou mesmo requererem análise de medidas urgentes ao juízo onde tramita o caso concreto (art. 978, § 2º, CPC, de 2015). O que pode ocorrer, especialmente nas execuções penais, nas quais um dia a mais na prisão representa uma tremenda ilegalidade, é de todos os pedidos de progressão de regime ou concessão de benefício legal serem considerados urgentes. Assim, inexistente razão para que haja a suspensão, já que a suposta exceção (requerimento de medida liminar) tornar-se-á regra nestes casos.

O Tribunal de Justiça do Paraná admitiu um IRDR criminal e o desembargador relator não aplicou a suspensão processual a todos os processos sobre o tema, mas tão somente ao Agravo em Execução indicado como “causa piloto”⁴²¹, justamente porque o julgamento do mencionado recurso ocorreria com o julgamento do mérito do incidente processual. A solução parece parcialmente adequada, uma vez que a suspensão de todos os processos sobre a matéria (data-base para progressão de regime em caso de superveniência

⁴²¹ Alguns apontamentos sobre a admissibilidade deste IRDR (nº 0039706-76.2017.8.16.0000) perante o Tribunal de Justiça do Paraná são necessários. Quando do julgamento de um Agravo em Execução (nº 15927436 – 5ª Câmara Criminal) naquele Tribunal, ao verificar a existência de quatro posicionamentos diferentes sobre a mesma questão jurídica (data-base para progressão de regime em caso de superveniência de nova condenação no curso da execução penal), a desembargadora relatora oficiou ao presidente do Tribunal requerendo a instauração do IRDR e a Câmara Criminal determinou a suspensão do recurso até o julgamento do incidente. A primeira vice-presidência do Tribunal, responsável pelo recebimento dos pedidos de instauração e verificação inicial do preenchimento dos requisitos legais, considerou relevante e com repercussão social a questão jurídica por se tratar de tutela da liberdade, dignidade dos acusados e devido processo legal. Reconheceu a divergência de posicionamento entre os órgãos julgadores colegiados, mas afastou o requisito da multiplicidade dos casos ao afirmar que “a ocorrência destes recursos ou a verificação nos juízos de execução do Primeiro Grau não traz a conotação de MULTIPLICIDADE E REPETIBILIDADE, que o legislador imprimiu para o IRDR, como se observa do art. 976, inc. I, do CPC” (fls. 13 da decisão de 3 de abril de 2017 – fls. 53 dos autos). Por essas razões, o primeiro vice-presidente do TJPR entendeu não ser cabível a instauração do IRDR, mas de IAC, tendo remetido o incidente para processamento e julgamento perante a Seção Criminal. A instauração do IAC foi amplamente divulgada no *site* do Tribunal de Justiça como sendo o primeiro incidente criminal no país (Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/secao-criminal-apreciara-questao-inedita/18319>. Acesso em: 10 dez. 2018). Quando do julgamento de admissibilidade do Incidente de Assunção de Competência, a Seção Criminal reconheceu a existência de múltiplos processos sobre a mesma questão e converteu o feito em IRDR, admitindo-o naquela mesma oportunidade. Apesar de a lei dispor sobre a suspensão dos processos em razão da admissibilidade do incidente, o desembargador Luiz Osório Moraes Panza, de maneira acertada, afastou a suspensão compulsória, apoiando-se na doutrina. Apesar desse afastamento, equivocadamente o Agravo em Execução indicado como *causa piloto* permaneceu suspenso devido a deliberação feita quando do seu julgamento. Depois, foi determinada a suspensão do IRDR e de todos os processos relacionados ao tema em razão da discussão da matéria em recurso especial repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça.

de nova condenação no curso da execução penal) representaria a estagnação das execuções penais com mais de uma pena aplicada.

Por outro lado, a não suspensão dos casos sobre o mesmo tema durante a tramitação do IRDR acarreta a continuidade da insegurança jurídica, pois os posicionamentos conflitantes permanecerão sendo aplicados até que haja definição do precedente vinculante pelo tribunal. Entende-se, portanto, com a finalidade de evitar demora na fixação da tese, ser imprescindível o estabelecimento da prioridade de tramitação do incidente, como já estabelece, a título exemplificativo, o art. 292 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Alagoas⁴²².

Além disto, para evitar que os posicionamentos díspares continuem sendo aplicados enquanto não há julgamento do IRDR e fixação da tese, entende-se possível a fixação provisória de tese até a decisão do incidente, assim como a liminar concedida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal quando afetou ao Plenário da Corte o julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.687, relativo à arguição de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando – até decisão final do mérito daquele *writ* – a suspensão a vedação de concessão de liberdade provisória nos casos sobre o crime de tráfico de drogas existente no artigo legal e determinando que o juiz analisasse o preenchimento ou não dos requisitos autorizadores da prisão preventiva⁴²³.

Admitido o IRDR, o relator proferirá decisão de organização do incidente processual. Como sustentam Fredie Didier Júnior e Sofia Temer, esta decisão “corresponde à formalização do que foi decidido pelo órgão colegiado no que diz respeito à admissibilidade e aos limites objetivos do incidente”⁴²⁴, especialmente quanto à delimitação das circunstâncias fáticas que embasam a questão jurídica a ser definida.

Nesta fase também haverá ampla divulgação sobre a admissão e objeto do IRDR mediante a publicação no sítio eletrônico do Tribunal e informação ao Conselho Nacional de Justiça (art. 979 do CPC, de 2015)⁴²⁵. Tal providência, além de evitar instauração em

⁴²² “Art. 292. Ao incidente de resolução de demandas repetitivas é assegurada prioridade de tramitação, de modo que deverá ser destacado, no sistema processual eletrônico, aviso quando o incidente permanecer por mais de 10 dias sem movimentação.”

⁴²³ Sobre a possibilidade de adoção de um posicionamento provisório até o julgamento do incidente, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 247-248.

⁴²⁴ Id., *ibid.*, p. 233. Para os autores, é nesta fase processual que o relator adotará medidas para o regular processamento do incidente e determinará realização de diligências.

⁴²⁵ O Conselho, por meio da Resolução nº 235, determinou a criação de uma plataforma virtual chamada Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios (BNPR). Em pesquisa nos sítios eletrônicos de todos os Tribunais de Justiça, constatou-se que as informações relativas ao IRDR sempre estavam apontadas em área destinada a núcleo de uniformização de jurisprudência ou formação de precedentes. Mesmo que de maneira diferenciada quanto às informações (número, solicitante, localização dos

duplicidade, dá conhecimento aos juízes para eventual suspensão da tramitação dos casos com idêntica questão jurídica. E, quando for determinada excepcionalmente e por decisão fundamentada pelo Tribunal, maximiza o contraditório sobre a questão jurídica em discussão, pois garante o conhecimento sobre a existência e tramitação do incidente e, assim, possibilita que terceiros ingressem no feito e apresentem seus argumentos⁴²⁶. O critério para aceitação dos terceiros é a verificação da pertinência temática, quando se tratar de *amicus curiae*, ou sejam afetados com a decisão que vier a ser proferida no incidente. Trata-se, portanto, de providência que maximiza os princípios da publicidade e do contraditório e legitima a formação posterior do precedente vinculante decorrente do julgamento do IRDR.

Outras providências podem ser adotadas com esses fins. Após a admissão do incidente, o relator poderá requisitar informações “a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente” (art. 982, inc. II, CPC, de 2015). Isto tem como objetivo solicitar a outros juízos a remessa de diferentes feitos representativos da controvérsia, com a finalidade de aprofundar – e quem sabe ampliar – a discussão sobre a questão jurídica para a posterior formação do precedente, como anteriormente exposto.

O art. 982, inc. III, do CPC, de 2015, dispõe que será determinada a intimação do Ministério Público para, querendo, se manifestar. A medida tem maior importância no Processo Penal porque é titular da maioria das ações penais em tramitação. Mesmo nos casos de ações penais privadas também haverá interesse do Ministério Público. A sua manifestação no incidente, portanto, é imprescindível para o debate e observância do contraditório.

Apesar dessa previsão legal de intimação do Ministério Público após a admissão do IRDR, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem adotado providência diversa, concedendo prazo para manifestação em momento anterior ao juízo de admissibilidade, o que parece salutar com fins de antecipar o contraditório e legitimar a discussão, inclusive sobre o preenchimento dos requisitos legais para instauração.

autos, apontamento da controvérsia jurídica), todos os Tribunais têm registros sobre (in)existência de IRDR, inclusive com mecanismos para busca por tema.

⁴²⁶ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 126-127. As disposições sobre a publicidade “possuem um claro intuito de promover o mais amplo conhecimento possível da instauração e do julgamento do incidente, viabilizando uma participação abrangente, dos magistrados, advogados e demais operadores de Direito e da própria sociedade no procedimento e maior observância do decidido.” (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, p. 147).

Além da intimação do Ministério Público para apresentar manifestação, o relator deverá ouvir as partes do processo originário e o solicitante do incidente, em não sendo parte do “caso-piloto”.

O art. 983, do Código de Processo Civil, estabelece que o relator ouvirá os interessados e entidades com interesse na controvérsia, o que pode levar à conclusão equivocada de que apenas os convocados a ingressarem no feito estão legitimados a apresentar seus argumentos no incidente.

A ampla divulgação no sítio eletrônico do Tribunal e perante o Conselho Nacional de Justiça, dá conhecimento às partes dos demais processos não selecionados⁴²⁷, como causas-piloto, além de toda a sociedade civil, sobre a existência e pendência da discussão, concedendo a possibilidade de ingresso no incidente. O fato representa a ampliação do contraditório⁴²⁸, requisito imprescindível para a formação legítima dos precedentes judiciais vinculantes, justamente porque a tese fixada afetará inúmeros processos, inclusive de partes que não participaram dos debates.

Mesmo não havendo regulamentação precisa sobre os critérios de admissão dos debatedores, seja pela legislação federal ou pelos regimentos internos dos Tribunais, compete ao relator a verificação da pertinência temática⁴²⁹ do pedido de ingresso com a questão jurídica controvertida nos autos, como já é feito nas ações sobre constitucionalidade e outros recursos em que a intervenção de *amicus curiae* é admitida⁴³⁰.

⁴²⁷ Antonio do Passo Cabral utiliza expressão “litigantes-sombra”, do ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça nos autos de Recurso Especial nº 911.802/RS, para denominar as partes dos demais processos que não foram selecionados ou indicados para discussão na formação do precedente. Para o autor, a participação desses litigantes ausentes “fica reduzida no incidente apesar de poderem vir a sofrer os efeitos daquele debate judicial.” (CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., 2016, p. 45).

⁴²⁸ Sobre ampliação do contraditório, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, pp. 545-546. Antonio do Passo Cabral, ao tratar da importância da escolha da “causa-piloto”, afirma que o “pluralismo e o estímulo à participação são a tônica dos incidentes de coletivização.” (CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit., 2016, p. 58).

⁴²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 239-241. De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, “o *amicus curiae* tem interesse institucional de contribuir com a decisão a ser proferida pelo tribunal, seja porque a sua atividade está relacionada com o assunto a ser examinado, seja porque desenvolve estudos sobre o tema.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 193, mar. 2011, artigo eletrônico).

⁴³⁰ Sobre a importância do *amicus curiae* no IRDR para legitimar a formação do precedente, por todos vide BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* no IRDR, no RE e RESP repetitivos: suíte em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC*. Em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017, pp. 435-458. Defendendo a necessidade da pertinência temática especificamente no IRDR, tem-se DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 239-241.

Especialmente diante da natureza do incidente como meio de fixação de precedente e manutenção da estabilidade e segurança jurídica, o importante é garantir que haja efetivo debate da questão, o que somente é possível mediante a participação e contraditório⁴³¹.

A atuação do *amicus curiae* no IRDR atinge esta finalidade, pois amplia o debate para fixação de uma tese a ser aplicada – de maneira vinculante – aos casos sobre a mesma matéria, mesmo que futuros e ainda não ajuizados ao tempo do julgamento de mérito do incidente⁴³². O interesse do *amicus curiae* pode ser institucional, político, econômico, social, acadêmico ou cultural, mas deve ser diverso da aplicação direta da tese a um caso que faça parte, sob pena de descaracterizá-lo como “amigo da corte” para se tornar efetivamente parte interessada no incidente⁴³³.

Sofia Temer, por considerar que o incidente não julgará nenhuma causa específica ou grupo de causas, entende que não há uma escolha de processos e, portanto, de partes para atuação no incidente, mas uma seleção de litigantes-piloto⁴³⁴ que conduzirão os debates indicando seus argumentos para solucionar a questão mediante a fixação de tese⁴³⁵.

No tocante aos “litigantes-sombra” ou partes nos processos não representativos da controvérsia⁴³⁶, entende-se que esses têm legitimidade para intervir no debate para fixação da tese, porque apesar de não escolhidos para liderarem o debate, têm interesse na discussão, pois serão afetados pela decisão formada pelo julgamento do IRDR⁴³⁷. Para evitar tumulto processual pela possibilidade de ingresso de inúmeros terceiros no incidente, entretanto, o principal filtro a ser observado deve ser a possibilidade de apresentação de novos argumentos⁴³⁸, evitando, assim, a repetição daqueles anteriores e eventual alargamento da tramitação do incidente.

⁴³¹ Como já afirmado anteriormente, apenas questões discutidas formam a *ratio decidendi*, sendo todos os demais argumentos da decisão considerados como *obiter dictum*, sob pena de criação ilegítima de precedentes em razão de decisão sobre pontos não levados à jurisdição ou não serem objeto de discussão. Neste sentido é o Enunciado nº 2 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

⁴³² Em sendo admitido o *amicus curiae*, compete ao relator definir os poderes a ele conferidos, nos termos do art. 138, §2º do CPC, de 2015. Sobre o tema, vide MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 123.

⁴³³ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 185-186.

⁴³⁴ Id., *ibid.*, p. 151. A autora denomina de “líderes” os sujeitos que apresentarão seus argumentos em juízo durante o debate no incidente, podendo ser as partes do(s) processo(s) selecionado(s) como “causa-piloto” ou demais interessados admitidos pelo relator no curso do incidente processual. Discorre, ainda, sobre a legitimação par condução do incidente, bem como sobre critérios de escolha dos líderes. (Id., *ibid.*, pp. 151-165).

⁴³⁵ Id., *ibid.*, p. 151.

⁴³⁶ Não será utilizada a denominação “partes sobrestadas” ou “sobrestados”, como faz parte da doutrina, por se considerar inadequada a suspensão dos processos criminais, como exposto neste estudo.

⁴³⁷ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, pp. 174-175. Afirma a autora que “o principal fundamento para justificar essa atuação é, sem dúvida, o direito ao contraditório, o direito de participação pelo convencimento.”

⁴³⁸ Sofia Temer expõe que “o interesse na intervenção surge justamente nos espaços em que a potencialidade de influência ainda não tenha sido exercida, hipótese em que obstar a atuação configuraria ofensa ao

Além da admissão de terceiros interessados para ampliação do contraditório, audiências públicas podem ser designadas pelo relator para maior debate do tema, especialmente pela sociedade civil. Como expõem Fredie Didier Júnior e Sofia Temer, os Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça da Bahia e do Rio de Janeiro estabelecem procedimento específico para o ato, inclusive com ampla divulgação da ocorrência e transmissão pela televisão, rádio e internet, a fim de garantir a participação de diversas correntes de opinião e amplo conhecimento sobre os debates⁴³⁹.

Encerradas todas essas diligências e debates, o relator solicitará dia para julgamento, oportunidade em que haverá exposição do objeto do incidente. As partes, devidamente intimadas, poderão realizar sustentação oral, conforme previsão do art. 984, do CPC, de 2015, e específicas de cada regimento interno. Uma vez julgado o IRDR, o acórdão conterà, nos termos do art. 984, § 2º, do novo CPC, “a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários.”

Compreende-se que o registro de todos os fundamentos relacionados à fixação da tese jurídica deve ser acompanhado da descrição da hipótese fática que ensejou a discussão⁴⁴⁰. Primeira, porque a tese fixada tem como objetivo garantir a mesma resposta jurídica aos casos que versem sobre a mesma questão jurídica. Segunda, porque o precedente fixado terá efeito vinculante, nos termos do art. 927, inc. III, do CPC, de 2015, sendo aplicada a todos os casos sobre a questão, pendentes de julgamentos ou futuros, no âmbito do Tribunal que decidiu o IRDR (vinculação horizontal) e juízos em posições hierarquicamente inferiores (vinculação vertical)⁴⁴¹, inclusive juizados especiais⁴⁴². A sua não observância ou aplicação equivocada pelos juízos vinculados enseja o cabimento de

contraditório.” (Id., *ibid.*, p. 178). Sem tratar de critérios específicos para a admissão das partes dos demais processos, Edilton Meireles sustenta a existência de interesse de todos que serão afetados pela decisão. (MEIRELES, Edilton. *Op. cit.*, 2016, p. 120). A novidade dos argumentos é exigida também perante a Suprema Corte dos Estados Unidos em relação à participação do *amicus curiae*, conforme Regra 37.1 daquela Corte.

⁴³⁹ DIDIER JR, Fredie; TEMER, Sofia. *Op. cit.*, 2016, p. 239.

⁴⁴⁰ NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Op. cit.*, 2017, pp. 431-432. Para as autoras, somente com todos os argumentos (favoráveis e contrários) e descrição da circunstância fática será possível realizar a distinção, “seja por não se enquadrar na hipótese fática, seja por existir outras peculiaridades jurídicas.”

⁴⁴¹ O Tribunal de Justiça do Acre, apesar de inadmitir o seu primeiro IRDR, reconheceu o efeito vinculante das decisões que julgam os incidentes e fixam os precedentes: “a jurisprudência decorrente de um incidente deste jaez deve obrigatoriamente ser observada pelos juízos de primeiro grau (art. 927, III do CPC), o que promove um tratamento isonômico entre os jurisdicionados.” (TJAC – Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016). Neste sentido também MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Op. cit.*, 2015, p. 581.

⁴⁴² NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. *Op. cit.*, 2017, p. 425.

reclamação, nos termos do art. 988, inc. IV, do CPC, de 2015⁴⁴³. Terceira, porque o precedente pode ser objeto de distinção (*distinguishing*), como ocorre com todos os demais precedentes judiciais. E, para o bom uso da técnica, é imprescindível a análise comparativa da hipóteses fáticas⁴⁴⁴.

A doutrina diverge quanto ao cabimento e pertinência de julgar a “causa-piloto” conjuntamente com o incidente de resolução de demandas repetitivas. Alguns entendem que após fixar a tese jurídica, o mesmo órgão colegiado deve julgar o recurso ou a ação de competência originária do tribunal⁴⁴⁵. Por outro lado, há quem entenda que existe uma problemática em julgar o IRDR e depois a “causa-piloto” porque isso pode significar a não realização da instrução processual no processo originário da controvérsia e o consequente atropelamento de fases processuais. Além de que o julgamento da causa que deu origem ao IRDR não se resume, muitas vezes, à solução da questão controvertida, uma vez que existem outros pedidos e o julgamento na mesma oportunidade suprime a possibilidade recursal⁴⁴⁶.

Nestes casos, entendem que após o julgamento do IRDR, a “causa-piloto” deve ser remetida ao órgão julgador originário e competente, especialmente quando se tratar de casos oriundos da Primeira Instância, em estrita observância ao juiz natural e ao duplo grau de jurisdição⁴⁴⁷.

Compreende-se, portanto, que os dois posicionamentos estão corretos em parte. O julgamento da “causa-piloto” deve seguir o julgamento do IRDR em duas situações concomitantes: quando se tratar de recurso ou ação de competência originária dos Tribunais e não de processo em tramitação perante a Primeira Instância, e quando verificada a condição de “causa madura” que autorize o julgamento do mérito recursal. Em todas as demais situações – o julgamento do IRDR e a “causa-piloto” – devem ser repartidas, encaminhando-se a “causa-piloto” para o órgão julgador competente (juiz natural), evitando qualquer ofensa à ampla defesa, contraditório, produção de provas ou duplo grau de jurisdição. Isso porque ao julgar em Segunda Instância algum caso que

⁴⁴³ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, p. 148 e MENDES, Aluisio Goncalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Op. cit., 2015, p. 578.

⁴⁴⁴ Id., *ibid.*, p. 585 e NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. Op. cit., 2017, p. 430, ao tratar da distinção, inclusive em razão da suspensão do processo pela admissibilidade do IRDR no Processo Civil. Para Luiz Guilherme Marinoni, “cabará a distinção apenas para demonstrar que determinado caso é diferente daquele que já foi resolvido ou submetido ao incidente.” (MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 322).

⁴⁴⁵ NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. Op. cit., 2017, pp. 422-423

⁴⁴⁶ BARBOSA, Leonardo Mateus Negreiros. Op. cit., 2018, p. 205. Para Sofia Temer, o incidente não julga diretamente nenhuma causa ou demanda propriamente dita. (TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 151).

⁴⁴⁷ BARBOSA, Leonardo Mateus Negreiros. Op. cit., 2018, p. 207.

sequer tramitou completamente em Primeira Instância, é possível que haja atropelo na tramitação e supressão de fases processuais imprescindíveis.

Assim, a melhor solução para a controvérsia é a análise individual de cada caso concreto, até porque o incidente pode ter mais de um processo como representativo da repetitividade.

Na hipótese da parte desistir ou abandonar a causa indicada como “piloto” para a instauração do IRDR, a lei estabelece o prosseguimento do incidente para que haja fixação da tese jurídica, com a transferência da titularidade ao Ministério Público⁴⁴⁸. A providência é acertada, especialmente no âmbito criminal, considerando que a atuação do órgão ocorre na grande maioria dos casos em tramitação.

Apesar de não haver disposição específica a este respeito, entende-se que a transferência da titularidade não afasta a necessidade de escolha de nova “causa-piloto”, seja por indicação do relator do incidente, ou pela solicitação de envio pelos juízos onde tramitam os casos repetitivos. Isto porque, tal como afirmado inicialmente, o incidente pressupõe a existência de pelo menos um caso em tramitação no Tribunal e a indicação/seleção de uma “causa-piloto” que represente a controvérsia a ser dirimida quando do julgamento do mérito do IRDR.

Da decisão do incidente que fixar a tese jurídica, caberá recurso especial e extraordinário⁴⁴⁹, cuja repercussão geral é presumida. São legitimados para interposição, as partes do IRDR, o Ministério Público, mesmo quando não for parte da “causa-piloto”⁴⁵⁰, bem como o *amicus curiae* e outros sujeitos admitidos pelo relator para intervir no incidente⁴⁵¹.

A controvérsia reside na legitimidade dos terceiros interessados, especialmente os litigantes-sombra, para a interposição dos recursos. O Código de Processo Civil, de 2015, silencia sobre o assunto. O filtro adequado deve ser o mesmo utilizado para aferir a legitimidade de atuação durante a tramitação do incidente processual, qual seja, a

⁴⁴⁸ Como afirmam Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva, “o tribunal não analisa o pedido da demanda em que o incidente foi suscitado, mas apenas a tese jurídica.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Op. cit., 2015, p. 581). O abandono ou desistência da “causa-piloto” não acarreta arquivamento do incidente, devendo o relator vinculá-lo a outro processo em tramitação perante o Tribunal.

⁴⁴⁹ Exceto nos casos em que o incidente for de competência originária dos Tribunais Superiores.

⁴⁵⁰ TEMER, Sofia. Op. cit., 2016, p. 246. A autora afirma que tal legitimidade decorre da sua função como fiscal da ordem jurídica pela previsão do art. 966 do CPC, de 2015. Considerando que a afirmação da autora decorre da análise da questão pela ótica do Processo Civil, neste momento se acrescenta que a legitimidade do Ministério Público também decorre da sua condição como parte nos casos criminais.

⁴⁵¹ De acordo com Sofia Temer, “parece não haver dissenso acerca da legitimidade recursal dos sujeitos condutores, que são inclusive denominados como ‘partes’ no texto legal, e tampouco sobre a legitimação do *amicus curiae*, porque, neste caso, há disposição legal expressa admitindo a interposição.” (Id., *ibid.*, p. 246).

possibilidade de apresentação de novos argumentos⁴⁵². Como no Processo Penal não há previsão de recurso adesivo e o início do prazo recursal será o mesmo para os admitidos no IRDR, salvo aqueles que devem ser intimados pessoalmente e os terceiros interessados, com a publicação do acórdão do incidente a aferição da existência de novos argumentos nos recursos interpostos pelos litigantes-sombra somente será possível quando do juízo de admissibilidade.

O julgamento desses recursos perante os Tribunais Superiores amplia a abrangência da tese jurídica para além do Tribunal que a fixou anteriormente, evitando-se a existência de teses conflitantes em diferentes tribunais⁴⁵³.

Como exposto anteriormente, a discussão da tese jurídica perante os Tribunais Superiores, em recurso repetitivo, é causa de inadmissibilidade do incidente, justamente porque a decisão proferida é de um órgão hierarquicamente superior ao Tribunal que discutiria o incidente, e com abrangência nacional muito maior que o alcance do precedente do incidente local.

Apesar de a doutrina processual civil indicar que, na hipótese de admitidos o(s) recurso(s), não haver aplicação da tese jurídica imediatamente em razão do efeito suspensivo⁴⁵⁴, a questão deve ser analisada caso a caso no Processo Penal, já que devido à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292, tem-se admitido execução penal mesmo quando pendentes recursos aos Tribunais Superiores. Ou seja, como se tem aceito medida mais drástica (execução de pena privativa de liberdade) quando pendentes de julgamento os Recursos Especial e Extraordinário, é possível a aplicação imediata da tese jurídica fixada perante o Tribunal que o fixou, mesmo quando pendentes recursos às instâncias superiores, evitando, assim, o prolongamento da indefinição da questão e a coexistência de decisões contraditórios perante um mesmo Tribunal.

Como exposto anteriormente neste estudo, uma das razões de rechaço à adoção de precedentes judiciais é a imutabilidade do Direito e a impossibilidade de sua evolução, crítica descabida em razão da existência de técnica para superação de precedentes obsoletos ou inadequados (*overruling*).

Além, portanto, da possibilidade de interposição de Recursos Especial e Extraordinário em face da decisão que fixou o precedente judicial no IRDR, a superação

⁴⁵² Id., *ibid.*, pp. 246-247.

⁴⁵³ Como afirma Luís Felipe Schneider Kircher, “é evidente que, em caso de discordância, o entendimento fixado no âmbito das Cortes de Justiça (TJs e TRFs) prevalecerá somente até eventual pronunciamento das Cortes Supremas (STJ e STF), que são verdadeiras cortes de interpretação.” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Op. cit.*, 2018, p. 170).

⁴⁵⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *Op. cit.*, 2015, p. 587.

do precedente pode ocorrer por revisão pelo próprio Tribunal que o fixou⁴⁵⁵, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados a solicitar a instauração do incidente, nos termos do art. 986 do CPC, de 2015⁴⁵⁶.

Em que pese a importância da questão, o procedimento de revisão da tese não está previsto em lei, devendo ser regulado pelos regimentos internos dos Tribunais. Entende-se que as disposições constantes na Lei nº 11. 417/2006 sobre a revisão das súmulas vinculantes podem ser utilizadas como parâmetro para esta matéria, até que haja regulamentação própria. Enquanto isto não ocorre, três pontos merecem atenção: a manutenção da estabilidade da jurisprudência, a necessidade de fundamentação adequada e específica das decisões que admitem e julgam o incidente revisional, e a possível modulação dos efeitos da decisão que revisam a tese jurídica anterior.

Como o objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é justamente estabelecer uma tese jurídica única para aplicação em todos os casos que tratam da mesma questão, evitando-se a disparidade de decisões perante um mesmo Tribunal e juízos inferiores vinculados, não se pode aceitar a alternância constante de entendimento, mesmo que isto ocorra num intenso debate em um novo incidente. A revisão da tese jurídica deve ocorrer nas hipóteses que autorizam o *overruling* para os demais precedentes judiciais⁴⁵⁷.

Além disto, a decisão que admite e julga o incidente revisional deve ter fundamentação qualificada porque precisa demonstrar especificamente a adequação e a necessidade de rediscussão da matéria e eventual alteração do entendimento⁴⁵⁸. A previsão do art. 927, § 2º, do CPC, de 2015, de que a alteração da tese pode ser precedida de audiências públicas e ampla participação social, deve ser entendida de maneira impositiva. Se para a fixação da tese em incidente é de extrema importância a ampliação do contraditório e do debate, a sua alteração não poderia ser diferente, quiçá ainda maior.

Por fim, é possível que o Tribunal, ao rever a sua própria tese jurídica no IRDR, module os efeitos da nova decisão, baseando-se nos princípios da segurança jurídica e da

⁴⁵⁵ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 169; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 322.

⁴⁵⁶ O Enunciado nº 473 do FPPC é neste sentido: “A possibilidade de o tribunal revisar de ofício a tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas autoriza as partes a requerê-la.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

⁴⁵⁷ Sobre o *overruling* como técnica de superação dos precedentes, vide item 2.7.2 deste estudo.

⁴⁵⁸ Neste sentido é a disposição do art. 927, § 4º do CPC, de 2015: “A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” Da mesma forma, a doutrina de MEIRELES, Edilton. Op. cit., 2016, p. 129.

proteção da confiança, uma vez que a decisão anterior tinha efeito vinculante e orientava o jurisdicionado na escolha dos seus atos e omissões. Como afirmado anteriormente neste estudo, a alternância constante de entendimento dos Tribunais acarreta descrédito ao Poder Judiciário e insegurança à sociedade, motivos que justificam que – em algumas situações – haja modulação dos efeitos para melhor adequação do novo precedente vinculante.

A longa exposição sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas se deu, como anteriormente dito, pela ausência de discussão da matéria no âmbito criminal. Considerando a previsão constante no art. 927, inciso III, do CPC, de 2015, que as decisões proferidas nestes incidentes são de observância obrigatória, fez-se necessário discorrer sobre o assunto, com fulcro no que é previsto pelo Código de Processi Civil, bem como pela doutrina processual civil.

O aumento do número de casos sobre as mesmas questões jurídicas perante os tribunais e a busca da estabilidade da jurisprudência e tratamento igualitário aos jurisdicionados autorizam e justificam o uso do incidente no Processo Penal, desde que preenchidos os requisitos de cabimento previstos pela legislação processual civil.

A aceitação do IRDR e a transposição da sua disciplina ao Processo Penal, exceto em relação a suspensão automática dos processos quando da admissão do incidente, levam em consideração a duração razoável do processo e o princípio da eficiência, pois há fixação de uma tese jurídica e aplicação a diversos outros casos em julgamento e futuros, evitando-se, por exemplo, que as mesmas questões sejam individualmente discutidas em inúmeros recursos perante os Tribunais.

Trata-se de um excelente instituto para uniformização de entendimentos divergentes e formação de precedentes vinculantes, especialmente perante os Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, cujas decisões geralmente só possuem efeito persuasivo.

4.2.3 Incidente de Assunção de Competência – IAC

O Incidente de Assunção de Competência (doravante chamado de IAC), previsto no art. 947 e seguintes do Código de Processo Civil, assim como o IRDR, é um mecanismo de formação de precedentes vinculantes, cuja inobservância enseja o cabimento de reclamação.

Trata-se de incidente processual aceito apenas nos Tribunais⁴⁵⁹, inclusive nos Superiores⁴⁶⁰, que depende de um processo em tramitação no Tribunal em que será instaurado⁴⁶¹.

Com a admissão do incidente, há assunção da competência para julgamento da questão para um órgão com colegiado maior, dentro do mesmo Tribunal, especificado pelo Regimento Interno. Isto é, há uma “elevação” ou “ato de assumir”, no sentido de deslocamento da competência⁴⁶², justamente para garantir que uma questão relevante seja discutida e decidida com mais profundidade e cautela⁴⁶³ por órgão julgador com composição maior⁴⁶⁴.

A doutrina entende que o IAC substituiu o antigo incidente de uniformização de jurisprudência, previsto no CPC, de 1973⁴⁶⁵, com significativas modificações⁴⁶⁶ ou, ainda, o mecanismo anteriormente previsto no art. 555, § 1º daquele mesmo Código⁴⁶⁷, que autorizava o julgamento de relevante questão de Direito por órgão colegiado indicado pelo Regimento Interno, visando prevenir ou compor divergência entre órgãos fracionários do tribunal.

Em verdade, o incidente atual é mais amplo do que o anterior e também em relação à assunção de competência autorizada pelo antigo art. 555, § 1º do CPC, de 1973,

⁴⁵⁹ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Incidente de assunção de competência: caracterização do instituto e sua aplicação no STJ. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018, p. 135; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, pp. 1435-1437.

⁴⁶⁰ PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 341; FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 142, inclusive com análise sobre o processamento perante aquele tribunal nas pp. 142-146. Daniel Neves afirma que “não há por que afastar o cabimento de tal incidente também quando houver divergência interpretativa entre seções do Superior Tribunal de Justiça ou delas com suas turmas.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1437). Os regimentos internos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal preveem o incidente.

⁴⁶¹ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 135; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1435.

⁴⁶² FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, pp. 140-141. No mesmo sentido, SOARES, Marcos José Porto. *Do Incidente de Assunção de Competência segundo o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://marcosjps.jusbrasil.com.br/artigos/296243608/do-incidente-de-assunção-de-competencia-segundo-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁴⁶³ PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 344.

⁴⁶⁴ Luís Felipe Schneider Kircher utiliza a expressão “órgão mais representativo” para indicar quem julgará o incidente. (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, p. 174).

⁴⁶⁵ Sobre um histórico anterior ao CPC, de 1973, de instrumentos para prevenir a divergência jurisprudencial, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, pp. 771-772.

⁴⁶⁶ PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, pp. 334-337; FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, pp. 136-137; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1435; ARRUDA ALVIM, Angélica et al. (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1085.

⁴⁶⁷ Dispositivo legal incluído pela Lei nº 10.352/2001, com a seguinte redação: “Art. 555. § 1º. Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.”

especialmente quanto à legitimidade para requerer a instauração e por estabelecer, após o seu julgamento, um precedente vinculante de observância obrigatória, nos termos previstos no art. 927, inc. III, do CPC, de 2015⁴⁶⁸.

De acordo com o *caput* do art. 947 do CPC, de 2015, é cabível o IAC quando presentes três requisitos: existência de um recurso ou ação de competência originária em tramitação no Tribunal, ocorrência de uma relevante questão jurídica – não fática – com repercussão social e inexistência de múltiplos processos sobre o tema.

Por sua vez, o § 4º estabelece, também, o cabimento de IAC quando “ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.” Trata-se, neste caso, de hipótese de cabimento visando afastar a divergência – existente ou futura – de entendimento sobre uma relevante questão de Direito. Inclusive, a instauração do IAC pode ser preventiva quando a questão for relevante e houver potencialidade de multiplicação⁴⁶⁹.

Para Marília Costa Barbosa Fernandes, “além de coibir divergências internas no tribunal, o incidente cumprirá a função de expandir a tese assentada, conferindo segurança jurídica e maior previsibilidade por meio da uniformização do entendimento”⁴⁷⁰, sendo o instituto que mais se aproxima do Direito anglo-saxão de criação de precedentes⁴⁷¹.

Tal como ocorre com o IRDR, o IAC pode ser utilizado no âmbito criminal. Primeiro, porque inúmeras questões relevantes e de interesse social permeiam o Direito Penal e Processual Penal. Depois, porque como ocorre no Processo Civil, a divergência jurisprudencial, especialmente dentro de um mesmo Tribunal, é maléfica à devida prestação jurisdicional e à manutenção da segurança jurídica e confiança do jurisdicionado. E com a instauração e posterior julgamento do IAC, questões importantes, não objeto de múltiplos processos, serão resolvidas e as decisões vincularão os órgãos subordinados, evitando-se justamente que haja disparidade de tratamento de situações que devam ter o mesmo resultado.

⁴⁶⁸ Sobre a substituição do incidente de uniformização de jurisprudência pelo IAC, vide PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 332. A respeito da ampliação da legitimidade em relação ao incidente de uniformização de jurisprudência, vide FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 137, e que a ampliação decorre da importância, relevante e interesse geral da questão, vide SILVA, Julia Maria Ararunda; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. O incidente de assunção de competência como a efetivação da segurança jurídica no processo civil. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018, p. 151.

⁴⁶⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1436.

⁴⁷⁰ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 139.

⁴⁷¹ Id., *ibid.*, p. 145.

Por fim, justifica-se o uso do IAC no Processo Penal por força do art. 3º do CPP⁴⁷², pois inexistente instituto semelhante nesta seara e ausente qualquer previsão sobre o tema no Código de Processo Penal⁴⁷³.

O requisito essencial para a instauração do incidente é a inexistência de causas repetitivas em tramitação sobre a matéria⁴⁷⁴, cujo objetivo, ao criar precedentes judiciais vinculantes⁴⁷⁵ para evitar – mesmo que de maneira preventiva – decisões diferentes sobre questões jurídicas relevantes, conferindo estabilidade às soluções jurisdicionais⁴⁷⁶.

Diferentemente do IRDR, cujos requisitos principais são a divergência de entendimento e a multiplicidade de casos, o IAC, nos termos do art. 947, *caput*, do CPC, de 2015, tem como pressupostos a relevância e a repercussão social da discussão justamente em casos não repetidos. Esses, portanto, são considerados requisitos essenciais do incidente porque mesmo quando a questão de Direito for de relevância nacional e social e haja divergência de posicionamento entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal⁴⁷⁷, a existência de múltiplos processos sobre o tema impede a instauração do IAC⁴⁷⁸, podendo

⁴⁷² Neste sentido também TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 470 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

⁴⁷³ Poucos IAC foram instaurados e admitidos no país. Em pesquisa junto ao Superior Tribunal de Justiça, em dezembro de 2018, foram localizados apenas quatro incidentes de assunção de competência, nenhum criminal. São estes os IAC encontrados: RESP 1604412 (IAC 1), RESP 1303374 (IAC 2), RMS 53720 e 54712 (IAC 3) e RESP 1610728 (IAC 4). Breves comentários sobre o IAC 1 são encontrados em FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 145; SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 153; MACHADO, Felipe Meneghello. *A possibilidade de extinção das execuções pela imobilidade do credor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/felipe-meneghello-extincao-execucoes-imobilidade-credor>>. Acesso em: 10 dez. 2018. Quanto aos demais Tribunais, apenas o Tribunal de Justiça do Espírito Santo e do Paraná instauraram o incidente. O TJES, por meio da sua Primeira Câmara Criminal, instaurou o incidente nº 0049448-47.2014.8.08.0035 para “extirpar ofensa à isonomia e à segurança jurídica com futuros julgamentos divergentes acerca da possibilidade, ou não, da execução provisória da pena após a manutenção da condenação do acusado por este segundo grau de jurisdição, considerando que o Ministério Público havia formulado pleitos nesse sentido em diversas Apelações Criminais”, segundo os termos da decisão do desembargador presidente daquele Tribunal, que julgou monocraticamente prejudicado o IAC em 2 de março de 2018, nos termos do art. 927, inc. V, do CPC, de 2015, uma vez que a controvérsia havia sido “superada com o julgamento do ARE 964246 pelo Supremo Tribunal Federal.” Por sua vez, no TJPR, o IAC instaurado (autos nº 0039706-76.2017.8.16.0000) foi convertido em IRDR, como será exposto mais adiante, inexistindo outro IAC criminal naquele Tribunal.

⁴⁷⁴ ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. O incidente de assunção de competência no microsistema de formação de precedentes obrigatórios. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil*: elas escrevem. Recife: Armador, 2016, p. 263.

⁴⁷⁵ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 134.

⁴⁷⁶ SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 156.

⁴⁷⁷ Humberto Theodoro Júnior, ao tratar dos requisitos de cabimento do IAC, sustenta que a divergência de entendimento deve ser entre órgãos do mesmo Tribunal e não entre juízes e outros Tribunais (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2016, p. 825).

⁴⁷⁸ Neste sentido é o Enunciado nº 334 do FPPC: “Por força da expressão, ‘sem repetição em múltiplos processos’, não cabe o Incidente de Assunção de Competência quando couber julgamento de casos repetitivos.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

ensejar o cabimento de IRDR, a depender do preenchimento dos requisitos daquele incidente.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem, inclusive, que há sobreposição do IAC sobre o IRDR já que ambos são cabíveis quando há divergência entre turmas ou câmaras sobre interpretação de questões de Direito. Além disto, afirmam os autores que “se existe divergência, é porque a questão de direito já se repetiu”⁴⁷⁹, com o que não se concorda, uma vez que o IAC não pressupõe a existência de apenas “um” caso sobre o tema em tramitação no Tribunal. Em verdade, o requisito é que a discussão esteja em “um processo específico ou poucos processos”⁴⁸⁰, inexistindo litigiosidade repetitiva ou uma grande quantidade de processos, hipótese em que caberá o IRDR e não o IAC⁴⁸¹.

Tal questão foi objeto de discussão junto ao Tribunal de Justiça do Paraná. Durante o julgamento de um Agravo em Execução Penal, constatada a existência de cinco diferentes teses que estavam sendo aplicadas pelo Tribunal e juízes de Primeira Instância, uma desembargadora requereu à Presidência a instauração de IRDR. A primeira vice-presidência do Tribunal, juízo competente para determinar a instauração, conforme disposição do Regimento Interno, reconheceu a divergência jurisprudencial sobre o tema (data-base para progressão de regime em caso de superveniência de nova condenação no curso da execução penal), mas entendeu ser o caso de instauração de IAC. Quando, porém, da sessão perante a 4ª Seção daquele Tribunal que tratou da admissibilidade do incidente, o colegiado reconheceu a multiplicidade de processos sobre o mesmo tema e converteu o IAC em IRDR, aproveitando-se os atos já praticados até então⁴⁸².

Além do requisito de ausência de multiplicidade dos casos, o IAC pressupõe que a questão de Direito discutida seja relevante e tenha grande repercussão social, merecendo

⁴⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017, p. 568. Para Marília Costa Barbosa Fernandes, o fato da questão ser replicada em vários processos é requisito negativo e impeditivo de instauração de IAC, mas autorizador de IRDR. (FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 135).

⁴⁸⁰ SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 152.

⁴⁸¹ PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, pp. 345-346. De acordo com a autora, “não significa que não pode haver repetição da questão relevante em alguma quantidade de processos que tramitem no tribunal.”

⁴⁸² Na doutrina sobre a fungibilidade de IAC para IRDR, quando verificada a multiplicidade dos processos e dúvidas sobre o cabimento dos incidentes, vide NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1437; DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 785. Sobre o inverso e o não cabimento de IRDR, mas IAC, para discussão preventiva de questão relevante, vide PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, pp. 342-343.

análise mais aprofundada e estabilidade jurídica⁴⁸³. São, portanto, requisitos cumulativos necessários para a instauração do incidente⁴⁸⁴.

A doutrina não define com precisão o conceito de relevância, apenas aponta como critério que seja questão importante ou que mereça destaque⁴⁸⁵. Para Mariana Pacheco Rodrigues Almeida, a relevância representa que a questão deva ter “cognição mais aprofundada, contraditório qualificado e fundamentação detalhada, uma vez que, por se tratar de um dos mecanismos de formação de precedente obrigatório, o ‘comando normativo’ exarado será retirado exatamente da fundamentação”⁴⁸⁶.

Entende-se, portanto, que a relevância para discussão no incidente deve ser analisada caso a caso, tanto por quem requereu a instauração do incidente como pelo órgão colegiado responsável pela sua admissão e julgamento⁴⁸⁷. Constatase que isto se confunde com a repercussão social, expressão contida no *caput* do art. 947 do CPC, de 2015, podendo ser equiparada àquela do art. 1.035, § 1º, do novo CPC⁴⁸⁸, que trata da repercussão geral para fins do Recurso Extraordinário. Assim, serão relevantes e com repercussão os casos que trouxerem “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

Por fim, o interesse público mencionado no art. 947, § 2º, do CPC, trata de interesse transindividual, ou seja, que “o processo tenha relevância social com potencial para afetar determinada esfera da sociedade nos mais variados segmentos”⁴⁸⁹, e que transcenda os interesses individuais do processo.

Para alguns, as expressões “repercussão social”, prevista no *caput*, e “interesse público”, contida no § 2º do art. 947, do CPC, de 2015, são consideradas sinônimas, sendo

⁴⁸³ SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 152. Ainda sobre os requisitos de admissibilidade, vide PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, pp. 344-345.

⁴⁸⁴ Neste sentido, tem-se SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, pp. 150-151; BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *O novo incidente de assunção de competência e o STJ. Um julgamento mais democrático*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-novo-incidente-de-assuncao-de-competencia-e-o-stj-15122016>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

⁴⁸⁵ Indicando que é um termo muito vago, tem-se SOARES, Marcos José Porto. Op. cit., 2018. Indicando tratar-se de questão importante, tem-se PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 346.

⁴⁸⁶ ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 264.

⁴⁸⁷ Mariana Pacheco Rodrigues Almeida entende ser um requisito genérico que depende de análise de cada caso concreto individualmente (ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 264). No mesmo sentido, vide FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 135.

⁴⁸⁸ SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 152; ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 264; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. cit., 2017, p. 345. Eis a redação do artigo legal: “Art. 1.035, § 1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

⁴⁸⁹ BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. Op. cit., 2018.

admitido o IAC quando a questão interessar ou puder influir – pelo menos em tese – na esfera jurídica de uma quantidade considerável de sujeitos⁴⁹⁰, o que também parece acertado.

Além da possibilidade de instauração de ofício pelo relator⁴⁹¹, são legitimados para requerer, nos termos do art. 947, § 1º do CPC, de 2015, a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Como já manifestado em relação ao IRDR, a legitimidade do Ministério Público no âmbito criminal se justifica por ser parte na grande maioria dos processos criminais (ações penais e execuções penais), além de ser considerado órgão responsável pela defesa da ordem jurídica, nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988. O mesmo pode ser dito em relação à Defensoria Pública, como sustentado ao tratar do IRDR, já que representa grande parte dos acusados nos processos judiciais.

A aferição sobre a relevância e repercussão da questão de Direito deve ser feita em cada caso concreto, em duas etapas, sempre com a necessidade de o julgador expor fundamentadamente suas razões de reconhecimento ou não dos requisitos.

Em um primeiro momento, ao determinar a instauração do IAC, de ofício ou a requerimento da parte, o relator deve apontar a inexistência de múltiplos casos envolvendo a mesma questão jurídica⁴⁹² e de maneira fundamentada indicar as razões da relevância da questão jurídica, inclusive com os posicionamentos divergentes sobre o tema que justificam o prosseguimento do incidente.

Após, num segundo momento, os requisitos do IAC, especialmente a relevância da questão e o interesse público/repercussão social, serão analisados pelo órgão colegiado designado pelo Regimento Interno na sessão de julgamento de admissibilidade do incidente⁴⁹³. Não sendo reconhecidos tais requisitos, em qualquer das duas etapas, o

⁴⁹⁰ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 141.

⁴⁹¹ Marília Costa Barbosa Fernandes entende que a redação do art. 947 de que “o relator proporá” indica que não se trata de uma faculdade, mas uma imposição legal ao relator, caso os demais legitimados não o façam, com o que não se concorda, já que a análise sobre a necessidade, pertinência e relevância da questão deve ser feita caso a caso. (Id., *ibid.*, p. 138 e 140).

⁴⁹² O requisito da inexistência de múltiplos casos envolvendo a questão jurídica pode ser atestado mais facilmente pelo setor de distribuição do Tribunal, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça determina que os Tribunais cadastrem os assuntos dos casos quando da entrada na Corte.

⁴⁹³ Procedimento diferenciado é previsto pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, pois é obrigatório o uso de ferramenta eletrônica para indicação da proposta de admissão do IAC, conforme art. 257 e seguintes. Após a sua inclusão, “os demais ministros do respectivo órgão julgador terão o prazo de sete dias corridos para se manifestar sobre a proposição” (art. 257-A). Findo o prazo, os votos serão contabilizados eletrônica e automaticamente pelo próprio sistema (art. 257-C), não havendo sessão de julgamento presencial para deliberação quanto à admissibilidade ou não do incidente. Breves comentários sobre este procedimento são encontrados em FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, pp. 144-145.

processo é devolvido ao órgão fracionário originário para continuidade da tramitação e julgamento⁴⁹⁴.

Em sendo preenchidos todos os requisitos, o incidente será admitido e dar-se-á início à fase de instrução do incidente. O Código de Processo Civil, de 2015, é conciso sobre o procedimento de instauração, admissibilidade, instrução e julgamento do IAC, devendo ser aplicadas, portanto, as regras previstas para o IRDR a este respeito⁴⁹⁵ ou o estabelecido pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece previsão específica para este incidente desde a sua Emenda Regimental nº 24/2016⁴⁹⁶.

A instauração do incidente deve ser amplamente divulgada pelo Tribunal e pelo Conselho Nacional de Justiça, em seus sítios eletrônicos, com o fornecimento dos dados sobre número dos autos, partes e questão jurídica discutida e, quando possível, acesso aos autos eletrônicos, a fim de possibilitar o maior conhecimento possível sobre a discussão objeto do incidente.

Previsão específica sobre o assunto é encontrada no art. 271-G do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo que aquele tribunal “manterá, em sua página na internet, em destaque, relação dos incidentes de assunção de competência pendentes de julgamento e julgados, com a indicação da respectiva descrição da questão de direito e com o número sequencial do incidente.”

Esta ampla divulgação decorre da previsão legal contida no art. 927, § 5º, do CPC, de 2015, segundo o qual “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

A discussão a respeito da suspensão dos processos sobre o mesmo tema não tem semelhante relevância quando comparada ao IRDR, já que o pressuposto para a instauração do IAC é justamente a ausência de múltiplos processos. Caso haja mais de um caso sobre o mesmo tema, entende-se que o apensamento é medida adequada para

⁴⁹⁴ Id., *ibid.*, p. 141. Na decisão monocrática do desembargador presidente do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que julgou prejudicado o IAC nº 0049448-47.2014.8.08.0035, consta anotação de questão de ordem suscitada por outra desembargadora para devolução dos autos do Recurso de Apelação, autuada com o mesmo número, para a Primeira Câmara Criminal, o que não foi expressamente decidido, mas ocorreu como se denota da análise do andamento processual disponível no sítio eletrônico daquela Corte.

⁴⁹⁵ Neste sentido, vide também NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, 2017, p. 1438; e PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Op. cit.*, 2017, p. 341.

⁴⁹⁶ Sobre o procedimento previsto no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, vide FERNANDES, Marília Costa Barbosa. *Incidente de Assunção de Competência: caracterização do instituto e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,incidente-de-assuncao-de-competencia-caracterizacao-do-instituto-e-sua-aplicacao-no-superior-tribunal-de-justi,590263.ht ml#_ftnref25>. Acesso em: 10 dez. 2018.

juízo conjunto dos casos, ampliando-se a discussão da questão. Inexiste, portanto, razão para que uma pequena quantidade de casos seja suspensa para discussão isolada de um único caso concreto⁴⁹⁷.

São válidos para o IAC todos os apontamentos feitos para o IRDR sobre ampliação do contraditório e necessidade de debate e motivação qualificada⁴⁹⁸. Isto porque, tal como no IRDR, a decisão do IAC forma precedente vinculante, nos termos do art. 927, inc. III, do CPC, de 2015, que deverá ser observado pelo Tribunal e seus órgãos subordinados nos futuros casos sobre a mesma matéria.

Embora inexista previsão expressa sobre a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas no IAC, são providências pertinentes e cabíveis no curso do incidente justamente para que se atinja o objetivo de debater a questão mediante a apresentação de pontos de vista e argumentos jurídicos variados⁴⁹⁹.

Apesar de o IAC ter como pressuposto a incoerência de múltiplos processos em tramitação, na hipótese de existirem em pequeno número, as partes dos demais casos relacionados poderão intervir no incidente instaurado. Isto porque além de garantir um maior debate sobre a questão, a decisão do IAC afetará diretamente, em razão da formação do precedente judicial vinculante, os seus respectivos casos. Natural, portanto, que a participação se dê, potencialmente, por um número relativamente ampliado de legitimados.

A admissão desses terceiros é menos problemática que a relativa aos litigantes-sombra do IRDR, justamente porque o número é reduzido, não havendo que se falar no critério de apresentação de novos argumentos para o ingresso. A legitimidade da intervenção no incidente decorre da concretização do contraditório, ou seja, da possibilidade de influenciar na formação do precedente judicial.

⁴⁹⁷ A instauração de IAC com referência a mais de um processo ocorreu perante a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (IAC 3), com indicação de dois recursos em mandado de segurança (RMS 53720 e 54712), cuja questão jurídica submetida a julgamento é a “adequação do manejo do mandado de segurança para atacar decisão judicial que extingue execução fiscal com base no art. 34 da Lei 6.830/80.” Providência diversa ocorreu perante o Tribunal de Justiça do Espírito Santo, nos autos nº 0022424-19.2010.8.08.0024 e 0012939-53.2014.8.08.0024. Após a admissão do IAC nº 0049448-47.2014.8.08.0035 que tratava de execução imediata de pena criminal após julgamento pelo colegiado, a Primeira Câmara Criminal daquela Corte decidiu pela continuidade do processamento dos Recursos Especiais, mas com a suspensão da análise dos pedidos de execução formulados pelo Ministério Público até que houvesse pronunciamento do Tribunal Pleno sobre o tema no IAC.

⁴⁹⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 780.

⁴⁹⁹ Sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público em razão da relevância da questão jurídica e repercussão geral da matéria, além da possibilidade de *amicus curiae* e realização de audiências públicas para sustentar a legitimidade democrática do precedente firmado, vide ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 265; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, pp. 1437-1438; FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 141.

Há uma diferença quanto à participação do Ministério Público nos incidentes cíveis e criminais. A doutrina processual civil entende que, em que pese o silêncio da legislação, a atuação do órgão nos incidentes é obrigatória pela sua condição como fiscal da ordem jurídica e devido à previsão do art. 178, inc. I, do CPC, de 2015, que dispõe que a existência de interesse social, justamente um dos requisitos para instauração do IAC, é causa de intervenção ministerial⁵⁰⁰.

No Processo Penal, a participação do Ministério Público decorre da sua posição como parte nos processos criminais⁵⁰¹. Sua atuação no incidente, portanto, não será como terceiro, mas como parte, salvo nas hipóteses de ação penal privada, em que será imprescindível pelas mesmas razões expostas em relação ao Processo Civil⁵⁰².

A intervenção da Defensoria Pública, por sua vez, também é possível quando não representar uma parte no processo criminal. Sua legitimidade no Processo Penal, diferentemente do Civil, decorre da sua atuação em defesa do jurisdicionado que pode ser afetado pelo precedente vinculante a ser fixado quando do julgamento do incidente.

Após os debates, o incidente é incluído em pauta para julgamento, oportunidade em que é admitida a realização de sustentações orais e realizados os debates entre os julgadores sobre o caso que ensejou a instauração do incidente. Em sendo reconhecida a repercussão social da matéria, o órgão colegiado julga o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária do tribunal, ou seja, “significa dizer que não haverá propriamente um julgamento do mérito desse incidente, que uma vez admitido terá exaurida sua função.” Diferente do IRDR, em que há um julgamento duplo, pois se fixa a tese e depois o órgão colegiado aplica a tese e julga a ação ou recurso, no IAC o julgamento da causa que ensejou a sua instauração representa o julgamento do próprio incidente⁵⁰³.

De acordo com o § 3º do art. 947 do CPC, de 2015, “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver

⁵⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 780

⁵⁰¹ Sobre a necessidade de participação do Ministério Público mesmo nos casos cíveis, vide DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Id., *ibid.*, p. 780).

⁵⁰² O art. 271-B, § 3º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, estabelece a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público quando não for requerente. Além disto, estabelece em seu art. 64, inc. II, que o Ministério Público terá vista dos autos de IAC para manifestação.

⁵⁰³ Nos termos do § 2º do art. 947, CPC de 2015, quando foi reconhecido o interesse público da questão, o órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária. De acordo com o Daniel Amorim Assumpção Neves, “significa dizer que não haverá propriamente um julgamento de mérito desse incidente, que uma vez admitido terá exaurido sua função”, sendo desnecessário um julgamento duplo como ocorre com o IRDR. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, pp. 1439-1440). Neste sentido, FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 138; SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luis de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 152.

revisão de tese”⁵⁰⁴. Trata-se de precedente qualificado⁵⁰⁵, ou seja, de observância obrigatória pelos juízes e Tribunais subordinados ao órgão colegiado que julgou o incidente. Considera-se, portanto, que a decisão seja usada como “causa-modelo”⁵⁰⁶. Não por outra razão que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 104-A) exige que o acórdão contenha os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, inclusive com os argumentos favoráveis e contrários à conclusão do colegiado, além da “tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque” (inc. III). Prevê, também (art. 121-A, § 1º), que “os precedentes qualificados devem ser divulgados na internet, de forma sistematizada, com a indicação precisa das informações relacionadas a todas as fases percorridas de seu procedimento.”

O efeito vinculante do precedente decorre de previsão legal (art. 927, inc. III, CPC, de 2015) e sua inobservância enseja o cabimento de reclamação⁵⁰⁷, ressalvadas as hipóteses de distinção feitas caso a caso, separadamente. Como aduz a doutrina, a vinculação “só estará presente se a decisão for proferida por órgão de hierarquia superior e de mesma jurisdição do órgão julgador e se houver identidade das matérias em questão”⁵⁰⁸.

A decisão proferida no incidente é passível de recursos, mas o cabimento dependerá do órgão que julgar o incidente⁵⁰⁹, porque sendo o Supremo Tribunal Federal, somente poderá haver embargos de declaração. Se, porém, o incidente tramitar perante o Superior Tribunal de Justiça, além dos embargos declaratórios é possível a interposição de Recurso Extraordinário, desde que preenchidos os requisitos legais. Quando se tratar de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, além daqueles recursos supracitados, caberá Recurso Especial e embargos infringentes, este no caso de decisão não unânime contra o acusado.

Como ocorre com os demais precedentes obrigatórios, o caráter vinculante das decisões proferidas em IAC não afasta a aplicação da técnica do *overruling*. A revisão da

⁵⁰⁴ Além da previsão do CPC, de 2015, o art. 271-G do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “o acórdão proferido, em assunção de competência, pela Corte Especial vinculará todos os órgãos do Tribunal e, pela Seção, vinculará as Turmas e ministros que a compõem, exceto se houver revisão de tese.” O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não prevê procedimento específico para o incidente. Breve comentário sobre a tramitação do IAC perante o Superior Tribunal de Justiça é encontrado em BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. Op. cit., 2018.

⁵⁰⁵ A expressão inclusive é utilizada pelo Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (art. 121-A), que dispõe: “os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.”

⁵⁰⁶ ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 268.

⁵⁰⁷ FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 139.

⁵⁰⁸ SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luís de Oliveira. Op. cit., 2018, p. 156.

⁵⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, pp. 788-789.

tese jurídica fixada pode ocorrer por meio de um novo incidente no mesmo órgão que firmou a tese⁵¹⁰, quando houver alteração econômica, política ou social sobre a matéria ou quando da revogação ou modificação da norma que deu ensejo ao incidente⁵¹¹.

Nesses casos, em havendo superação do precedente anteriormente fixado, há possibilidade de modulação de efeitos⁵¹² para evitar descrédito do Poder Judiciário e insegurança jurídica, mantendo-se a legítima expectativa do jurisdicionado que praticou atos ou omissões pautadas nos parâmetros fixados anteriormente pelos Tribunais, especialmente no âmbito criminal em que a mudança jurisprudencial pode ensejar – mesmo que de forma reflexa – eventual restrição à liberdade.

Há uma diferença entre o IRDR e IAC no tocante à desistência do caso que ensejou a instauração do respectivo incidente. No IRDR, a desistência enseja a escolha de outra “causa-piloto” sem prejuízo da continuidade do incidente e fixação da tese. Por sua vez, no IAC, a desistência do caso por qualquer das partes acarreta o arquivamento do incidente porque a existência de processo em tramitação no Tribunal é pressuposto para o seu desenvolvimento⁵¹³.

Exceção a esta regra ocorre na hipótese de haver mais de um caso sobre a mesma questão relevante tramitando no Tribunal. Mesmo que não tenha sido apensado quando da instauração do IAC, o outro processo poderá substituir aquele em que houve desistência, permitindo a continuidade do incidente para posterior fixação do precedente. Isto porque a ausência de um caso concreto acarretaria o julgamento abstrato de uma tese jurídica, equiparando a atividade judicial à legislativa, o que é inadmissível⁵¹⁴.

Este não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, por meio da Emenda Regimental nº 24/2016, dispôs no Regimento Interno daquele Tribunal (art. 271-B, § 2º) que a desistência ou o abandono não impedem o exame do mérito do incidente,

⁵¹⁰ Sob pena de esvaziamento do efeito vinculante, como afirma FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 140.

⁵¹¹ ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 266; FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 140.

⁵¹² ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. Op. cit., 2016, p. 266.

⁵¹³ Neste sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 790. Daniel Neves afirma que “entendo não ser possível que mesmo diante da desistência do recurso seja dado andamento ao incidente porque essa forma de julgamento foi disciplinada de forma exauriente pelo art. 998, parágrafo único, do Novo CPC.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., 2017, p. 1439).

⁵¹⁴ Neste sentido, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que há uma inconstitucionalidade na atuação do tribunal e “caso haja desistência ou abandono, permitir que o tribunal prossiga para fixar a tese, à semelhança do que ocorre no julgamento de casos repetitivos, abriria a possibilidade de o órgão julgador proferir uma decisão totalmente abstrata, sem aderência a caso algum, em atividade semelhante à legislativa.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., 2018, p. 790)

devendo o Ministério Público assumir a sua titularidade⁵¹⁵. A decisão não parece acertada aos olhos deste estudo, justamente porque o exercício da jurisdição para fixação da tese e formação do precedente depende do exame de um caso concreto.

Assim como foi exposto em relação ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a longa exposição sobre este Incidente de Assunção de Competência se deve pela ausência de discussão da matéria no âmbito criminal. Considerando a previsão constante no art. 927, inciso III, do CPC, de 2015, de que as decisões proferidas nestes incidentes são de observância obrigatória, fez-se necessário discorrer sobre o assunto, com fulcro no que é previsto pelo Código de Processi Civil, bem como pela doutrina processual civil.

A transposição da sua disciplina ao Processo Penal é aceita para evitar ou resolver divergência jurisprudencial, maléfica especialmente quando dentro de um mesmo Tribunal, além do fato de que inúmeras questões relevantes e de interesse social permeiam o Direito Penal e Processual Penal. Desta forma, desde que preenchidos os requisitos legais previstos pela legislação processual civil, o IAC pode ser utilização no processo penal como instituto para formação de precedentes vinculantes.

4.2.4 Recursos Especial e Extraordinário repetitivos

O art. 927, inc. III, do Código de Processo Civil, de 2015, dispõe que são de observância obrigatória as decisões proferidas em Recursos Especial ou Extraordinário repetitivos. Além daquele artigo legal, ao tratar da admissibilidade dos recursos excepcionais, o Código de Processo Civil, de 2015, estabelece que, em razão da decisão proferida em recurso repetitivo, o presidente ou vice-presidente do Tribunal local poderá negar seguimento ao recurso (art. 1030, inc. I, *b*) ou encaminhar o processo para juízo de retratação (art. 1030, inc. II).

Desde muito a litigiosidade repetitiva é reconhecida pelos Tribunais como uma realidade⁵¹⁶. Apenas em 2008, porém, os Recursos Especiais repetitivos foram

⁵¹⁵ Breve comentário é encontrado em FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. cit., 2018, p. 143.

⁵¹⁶ Leonardo Greco afirma que “de 1973 em diante, a Justiça brasileira enfrentou o crescimento do número de demandas em índices absolutamente inusitados, e a exacerbação do automatismo recursal, gerando a saturação da capacidade de julgamento dos tribunais superiores.” (GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 356). Também sobre o asoeramento dos Tribunais Superiores, inclusive com indicação estatística de diminuição de número de recursos após a previsão sobre os recursos repetitivos, vide TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmáticos. *Revista de Processo*, nº 197, jul. 2011, pp. 271-274 e 284. José

disciplinados e previstos expressamente no bojo do Código de Processo Civil, de 1973 (art. 543-C e seguintes)⁵¹⁷, separadamente da Lei nº 8.038/90 que tratava, na época, dos mesmos recursos em suas formas singulares⁵¹⁸.

A previsão quanto ao Recurso Extraordinário repetitivo somente ocorreu com o advento do novo Código de Processo Civil, em 2015⁵¹⁹. Apesar da ausência de previsão constitucional quanto à existência e procedimento dos recursos repetitivos, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser aventada, uma vez que tais previsões legais decorrem da opção de um modelo constitucional de processo em que as garantias do devido processo legal são necessariamente observadas⁵²⁰.

Rogério Cruz e Tucci explica que o aumento do rol dos legitimados para Ações Diretas de Inconstitucionalidade e coletivas, bem como a maior autonomia do Ministério Público garantiram maior efetividade aos cidadãos para recorrerem aos Tribunais Superiores em busca de reconhecimento dos seus direitos, o que conseqüentemente representou um aumento de demanda perante o Poder Judiciário. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pp. 445-446 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). O aumento do número de ações perante os Tribunais Superiores não é exclusividade do Brasil. Lawrence Baum, comentando sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, aponta que “o acúmulo de processos na Corte, em 1983, foi quase o dobro daquele de 1963 e mais de quatro vezes aquele de 1943.” (BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 160).

⁵¹⁷ Vitor Toffoli indica o histórico legislativo: “teve como origem o PLC 1.213/2007 (Câmara dos Deputados) de rubrica do então ministro da Justiça Tarso Genro, este por sua vez surgiu em razão de proposta formulada pelo ex-membro do STJ, ministro Athos Gusmão Carneiro, que vislumbrou um mecanismo processual que amenizasse o problema gerado pelo excesso de demandas daquele Tribunal, sob inspiração do modelo adotado pela Lei nº 11.418/2006 que disciplinou um mecanismo de julgamento de recursos múltiplos no STF.” (TOFFOLI, Vitor. Op. cit., jul. 2011, p. 277). A respeito, vide também TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei nº 11.672/2008 e da Resolução nº 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*, nº 166, dez. 2008, pp. 191-192.

⁵¹⁸ Apesar da inexistência de previsão legal anterior, a repetitividade, segundo Paulo Lucon, já era tratada em “bloco” e de maneira pragmática perante os Tribunais. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 216). Para Erik Navarro Wolkart, “o procedimento para julgamento de recursos especiais repetitivos é, ao nosso ver, o desdobramento de um sismo que irrompeu em 8 de dezembro de 2004, com a publicação da EC 45/2004, mais conhecida por reforma do judiciário.” (WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro*. Mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 127). Para Leonardo Greco, a previsão quanto aos recursos repetitivos, dentre outras alterações legislativas, decorreu da vontade de reduzir a quantidade de julgamentos em decorrência do excesso de trabalho perante os tribunais superiores. Na visão do autor, trata-se de um abandono de princípios fundamentais e desmoronamento do sistema recursal. (GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 357). Anotações sobre o primeiro recurso repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça (set. 2008 – Resp 982.133) é encontrado em RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos). *Revista de Processo*, n. 163, set. 2008, p. 245.

⁵¹⁹ “É importante aludir a essa inovação, pois o art. 543-B, a despeito da praxe do Supremo Tribunal Federal, assentada nos arts. 328 a 328-A do RISTF, não autoriza o implemento da técnica de julgamento por amostragem (julgamento repetitivo) para os recursos extraordinários, limitando-se a regular o procedimento deliberativo da repercussão geral da questão constitucional.” (FREIRE, Alexandre. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1554).

⁵²⁰ WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, p. 129. Segundo o autor, os recursos repetitivos prescindem de previsão constitucional, com o que se concorda, desde que as garantias processuais previstas na Constituição Federal sejam observadas.

Considera-se recurso repetitivo quando há multiplicidade de Recursos Especiais ou Extraordinários com fundamento em *idêntica* questão de direito⁵²¹. Exatamente esta é a previsão do art. 1.036 do novo Código de Processo Civil, de 2015, que disciplina a matéria atualmente, dispondo que deverá haver afetação para julgamento na forma de recurso repetitivo perante o Tribunal Superior correspondente.

Entende-se, portanto, por recursos repetitivos, aqueles cuja multiplicidade é aferida pelos Tribunais com fundamento em idênticas questões jurídicas. A previsão legal se justifica porque as demandas possuem questões jurídicas semelhantes, senão idênticas e, portanto, merecem tratamento isonômico, evitando-se provimentos contraditórios ou conflitantes⁵²². Há, portanto, “concentração de recursos para a prolação de uma única decisão”⁵²³, assegurando a igualdade, segurança e economia processual⁵²⁴, ou seja, uma solução padronizada tanto para os casos que já tramitam quanto para novos casos futuros.

De acordo com Arruda Alvim, “não é possível exigir do magistrado um trabalho de artesão para enfrentar a enormidade de ações e recursos repetitivos.” Entende o autor que

⁵²¹ Para J. E. Carreira Alvim, “a multiplicidade de recursos repetitivos não será percebida, desde logo, pelo tribunal de origem e, muito menos, pelo tribunal de destino, porquanto dependerá de um período razoável de tempo, para que se constate que a tese jurídica (questão de direito), objeto dos primeiros recursos remetidos ao STJ, é a mesma repetida noutros recursos especiais, já interpostos para esse Tribunal ou aguardando, ainda, juízo de admissibilidade no tribunal de apelação.” (CARREIRA ALVIM, J.E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, n° 162, ago. 2008, p. 172). Breve anotação sobre o que torna os casos iguais é encontrado em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pp. 268-269 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

⁵²² Apesar da inexistência de previsão legal anterior, a repetitividade, segundo Paulo Lucon, já era tratada em “bloco” e de maneira pragmática perante os Tribunais. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. cit., 2016, p. 218).

⁵²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 227. O autor ressalva que não é a simples multiplicidade que garante que as impugnações serão apreciadas pelos Tribunais Superiores, devendo preencher os requisitos de admissibilidade inerentes a cada recurso. (MARONINI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, pp. 331-332). Nas palavras de Clayton Maranhão, “nas causas repetitivas, seriais ou de massa, o objeto é o mesmo, assim como as questões; apenas mudam as partes.” (MARANHÃO, Clayton. Perspectivas da litigiosidade com o novo CPC: análise crítica a partir de um clássico estudo de Michele Taruffo. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 41).

⁵²⁴ Para Paulo Lucon, os recursos repetitivos “consagram o prestígio que se deve conferir à tutela jurisdicional, na medida em que evitam a variação de teses jurídicas a serem aplicadas para casos de fundo idêntico.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. cit., 2016, p. 216). Para Luiz Guilherme Marinoni, o recurso repetitivo pretende evitar que os recursos individuais recebam decisões diferentes, mantendo-se a coerência e o direito à igualdade, não servindo apenas para otimizar o trabalho da Corte ou garantir a agilidade dos julgamentos. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2014, p. 228; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n° 186, ago. 2010, p. 97). Sobre a existência de demandas sazonais repetitivas decorrentes de mudanças legislativas vide BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n° 246, set/dez 2007, p. 336.

tais previsões legais para a resolução da litigiosidade repetitiva desafoga o Poder Judiciário⁵²⁵.

Rodolfo de Camargo Mancuso expõe que a multiplicidade de ações e recursos superlota as pautas dos Tribunais Superiores, comprometendo a eficiência e consumindo o tempo que poderia ser utilizado para debate e resolução de questões mais complexas ou singulares⁵²⁶. No mesmo sentido é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni quando afirma que “a multiplicação de ações repetitivas desacredita o Poder Judiciário”⁵²⁷.

Para Antonio Adonias Aguiar Bastos, o processamento de ações assemelhadas não desafia a capacidade da estrutura judicial enquanto estiver diluído em pequeno volume no Poder Judiciário. O problema a ser enfrentado pelos Tribunais não é a semelhança entre as ações, mas a sua repetição em quantidade⁵²⁸.

E é justamente para a efetiva e célere prestação jurisdicional pelos Tribunais, com solução uníssona para todas as ações com questões coincidentes e manutenção da credibilidade do Poder Judiciário, que há previsão de processamento e julgamento de Recursos Especial e Extraordinário repetitivos⁵²⁹. Erik Navarro Wolkart entende que o julgamento por precedentes, tal como os recursos repetitivos e a repercussão geral, representa um claro mecanismo de objetivação e aceleração processual⁵³⁰.

Além disso, há previsão legal de que as decisões proferidas nesses recursos, além de atingirem os casos que já tramitam, tenham efeito vinculante aos novos e futuros casos. Como será tratado em tópico específico deste estudo, em havendo decisão em recurso

⁵²⁵ ALVIM, Arruda. O projeto de novo CPC e os recursos excepcionais. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 29 e 35.

⁵²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: RT, 2015, p. 517. FUX, Luiz; BODART, Bruno. Op. cit., 2017, p. 401, por sua vez, afirmam que a adoção de precedentes vinculantes representa uma economia de tempo.

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. São Paulo: RT, n° 858, abr./2007, p. 14.

⁵²⁸ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Op. cit., ago. 2010, p. 99. No mesmo sentido, MACÊDO, Lucas Buriel. Op. cit., 2015, pp. 507-508.

⁵²⁹ Neste sentido tem-se Estefânia Viveiros quando afirma que a previsão “prima pelo encurtamento do tempo no julgamento das ações, eliminando etapas de procedimento na aplicação das decisões consubstanciadas em súmula e jurisprudência dominante, assegurando isonomia entre as partes e segurança jurídica.” (VIVEIROS, Estefânia. Recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 47). No mesmo sentido tem-se Erik Navarro Wolkart quando expõe que a previsão dos recursos repetitivos foi, antes de tudo, “uma necessidade imposta pelas circunstâncias, ou seja, a grave crise que assolava de há muito o STJ, entulhando-o de milhares de recursos especiais que demoraram a ser julgados.” (WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, p. 130; TOFFOLI, Vitor. Op. cit., jul. 2011, p. 272). Luiz Guilherme Marinoni expõe que “o modo de tratar do recurso repetitivo variará conforme a sua razão de ser esteja na mera otimização do trabalho da Corte e agilização dos processos ou na tutela da isonomia e da coerência da ordem jurídica, ou até mesmo numa eventual sintonia entre ambas as hipóteses.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2014, p. 228).

⁵³⁰ WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, pp. 128-131.

repetitivo, a legislação processual autoriza o julgamento monocrático de Recurso Especial ou Extraordinário pelo relator nos respectivos Tribunais Superiores. Trata-se de tendência para potencializar a eficácia do precedente judicial ao mesmo tempo que pode gerar um efeito preventivo geral, pois desestimula a interposição de recursos contrários aos entendimentos consolidados⁵³¹.

De qualquer sorte, não é correto supor que a previsão dos recursos repetitivos sirva apenas para que os Tribunais Superiores resolvam os casos que se multiplicam, mas também para que elaborem precedentes que atribuam o sentido ao direito⁵³². Trata-se, portanto, de uma forma de enaltecimento da função nomofilática dos Tribunais Superiores. Como afirma Gustavo Badaró, a disciplina dos recursos repetitivos parece “sinalizar que tais cortes devem ter uma função muito mais de interpretação e estabelecimento de precedentes do que de julgamentos individuais de recurso que podem se repetir aos milhaes”⁵³³.

A disciplina dos recursos repetitivos no Processo Penal é toda remetida ao Código de Processo Civil, de 2015⁵³⁴ por força do art. 3º do Código de Processo Penal pois, como dito anteriormente, a legislação Processual Penal é omissa sobre o tema, mesmo em relação aos Recursos Especiais e Extraordinários individuais.

A escolha dos recursos representativos da controvérsia repetitiva é questão fulcral para que o sistema de julgamento dos recursos multiplicados seja coerente e eficaz e, conseqüentemente, a adoção de um sistema de precedentes se justifique. Considerando que as decisões de mérito proferidas nos recursos repetitivos terão efeito vinculante, a escolha do caso que representará a controvérsia é demasiadamente importante.

⁵³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2015, pp. 543-544.

⁵³² MARONINI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, pp. 330-332. Leonardo Greco afirma, inclusive, que a previsão de recursos repetitivos, dentre outras medidas, é um “alívio momentâneo” que não equacionará a crise recursal. (GRECO, Leonardo. *Princípios de uma teoria geral dos recursos*. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Op. cit., 2011, p. 358).

⁵³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 427. José Rogério Cruz e Tucci aponta o importante papel dos Tribunais Superiores nos últimos anos para uniformização da jurisprudência, diante da oscilação e incerteza dos julgados que acabam abalando a segurança jurídica, uma vez que há mais de 50 tribunais de segundo grau no país. (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2015, p. 446).

⁵³⁴ Trata-se de regramento unitário sobre a matéria. (BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 427). Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho apontam que, inicialmente, logo após a entrada em vigor da Lei nº 11.672/2008, que incluiu o julgamento por amostragem no CPC, de 1973, não era clara a sua aplicação ao Processo Penal. A questão foi dirimida, de acordo com os autores, com a Resolução nº 07/2008, do STJ, cujo art. 1º dispunha que as disposições da lei seriam aplicáveis na jurisdição cível e criminal, mas voltou a ser discutida doutrinariamente após o advento da Resolução nº 08/2008, que suprimiu a referência ao Processo Penal. Decisões do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, indicadas pelos autores, afastaram a dúvida sobre a aplicação ao Processo Penal (GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 208).

Quando da tramitação do Projeto de Lei sobre o tema, a senadora relatora denominou o recurso representativo da controvérsia como “precedente paradigmático”⁵³⁵. A doutrina não é unânime quanto ao tema, utilizando as seguintes denominações: “processo-piloto”⁵³⁶, “recurso líder”⁵³⁷, “causa-piloto”, “recursos-quadro” ou “recursos-modelo”⁵³⁸.

Independentemente da denominação, trata-se do recurso que receberá a “decisão-quadro” perante os Tribunais Superiores, decisão que depois será estendida/aplicada a uma determinada quantidade de recursos sobrestados⁵³⁹, pois formará precedente judicial.

Devido aos efeitos da decisão proferida no julgamento dos recursos repetitivos⁵⁴⁰, é imprescindível a existência de critérios para a seleção do(s) recurso(s) representativo(s) da controvérsia, exigindo-se apenas que tenham qualidade e abrangência para que o julgamento atinja o seu objetivo de formação de precedente vinculante⁵⁴¹. A legislação, no entanto, não disciplinou especificamente os critérios para a referida seleção⁵⁴². A dificuldade é tamanha que ensejou, logo após inclusão legislativa, a aprovação da Resolução n° 8/2008 pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁴³, hoje já revogada em razão do advento do Código de Processo Civil, de 2015, e alterações regimentais perante aquela Corte (Emenda Regimental n° 24/2016)⁵⁴⁴.

⁵³⁵ PL n° 117/2007.

⁵³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2015, p. 519. O ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, utiliza a expressão “litigantes-sombra” para denominar todos aqueles que “serão diretamente afetados pela decisão desta demanda” (STJ – 1ª Seção – REsp 911802 – rel. Min. José Delgado – j. 24/10/2007 – Dje 01/09/2008 – RSSTJ, v. 31, p. 166 – trecho do voto-vista do min. Herman Benjamin). Rodolfo de Camargo Mancuso, por sua vez, denomina como “partes sem participação”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., 2015, p. 528).

⁵³⁷ TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Op. cit., dez. 2008, p. 194.

⁵³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 428.

⁵³⁹ Sobre a suspensão dos demais recursos, vide MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2014, pp. 234-235.

⁵⁴⁰ Para Luiz Guilherme Marinoni, “os precedentes formados em recursos extraordinários e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem *rationes decidendi* elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa”. (MARONINI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 332).

⁵⁴¹ TOFFOLI, Vitor. Op. cit., jul. 2011, p. 273 e 278.

⁵⁴² Vitor Toffoli inclusive critica a ausência de previsão específica sobre a questão. (Id., *ibid.*, p. 279).

⁵⁴³ Segundo o art. 1º, § 1º da mencionada Resolução n° 08/2008 do Superior Tribunal de Justiça, já revogada, seriam “selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial. Na esfera de competência do STJ, a regulamentação da matéria era muito aguardada pela comunidade jurídica, devido a uma série de indagações que até então estavam sem respostas.” (TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Op. cit., dez. 2008, p. 193). Discussão sobre a inconstitucionalidade da referida resolução é encontrada em MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. *Revista de Processo*, n° 163, set. 2008, pp. 190-195. Indicação sobre a proibição dos regimentos internos preverem regras processuais sobre os recursos repetitivos é encontrada na obra de RODRIGUES NETTO, Nelson. Op. cit., set. 2008, p. 244.

⁵⁴⁴ Ademais, ensejou também a aprovação, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução n° 160/2012 para criação dos NURERS.

Diante da ausência de critérios claros na legislação, a doutrina se ocupou de estabelecer alguns requisitos imprescindíveis para a escolha dos recursos representativos das controvérsias. Como afirma a doutrina, “importa, apenas, que os recursos escolhidos sejam efetivamente representativos da controvérsia”⁵⁴⁵ e que preencham os requisitos de tempestividade legitimidade recursal⁵⁴⁶.

Sobre a abrangência da discussão para a seleção da causa-piloto, o § 6º do art. 1.036 do CPC, de 2015, dispõe que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.” A questão é de suma importância em razão do efeito decorrente do julgamento do recurso repetitivo, que extrapola as partes do caso concreto e forma precedente vinculante para casos que sequer existem.

Para Vitor Toffoli, quatro são os critérios para a seleção do “recurso-piloto”: a) “o número de recursos a serem analisados para se chegar ao paradigma”; b) devem conter a maior diversidade de fundamentos na decisão impugnada e variedade de argumentos no recurso; c) o recurso escolhido deve possuir a discussão mais abrangente; e d) deve ser o recurso que melhor retrate a controvérsia, inclusive selecionando recursos que impugnam acórdãos proferidos em sentidos contrários⁵⁴⁷.

Importante que toda a extensão da argumentação trazida pelas partes e juízes nos casos seja levada à discussão perante os Tribunais Superiores, evitando-se omissão e solução sobre fundamento importante⁵⁴⁸. Também, visando o estabelecimento de precedente judicial que abarque, de maneira ampla e completa, a hipótese fática que ensejou o recurso repetitivo.

Por isto, poderá o relator selecionar outros recursos, além dos indicados pelas Cortes de Justiça, e/ou requisitar a remessa por diferentes Tribunais do país, justamente para que a discussão da matéria seja a mais ampla possível. Recomendável, inclusive, que

⁵⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito. *Revista de Processo*, nº 159, maio 2008, p. 127.

⁵⁴⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 428.

⁵⁴⁷ TOFFOLI, Vitor. Op. cit., jul. 2011, pp. 280-281. Para o autor, os critérios – especialmente o último – servem para que se garanta a qualidade dos casos levados a julgamento. Erik Navarro Wolkart, por sua vez, lista uma série de perguntas/dúvidas sobre a forma e os critérios de seleção dos recursos representativos da controvérsia e sobre os efeitos da decisão dos Tribunais Superiores sobre os recursos sobrestados. (WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, p. 133).

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2014, p. 229; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 333. Uma brevíssima exposição sobre a tramitação dos recursos repetitivos é encontrada em MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Recursos nos Tribunais Superiores. *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011, pp. 306-307. Para Erik Navarro Wolkart, os recursos monotemáticos têm preferência sobre os demais, evitando-se que recursos que tenham matérias não repetitivas fiquem sobrestados. (WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, p. 137).

recursos em sentidos contrários, com testes contrapostas, sejam selecionados para que abordagens distintas e posicionamentos conflitantes sejam, de fato, analisados e discutidos perante os Tribunais Superiores⁵⁴⁹.

A decisão de afetação, após a seleção dos casos representativos da controvérsia, deve identificar com precisão a questão a ser discutida no recurso, nos termos do art. 1.037, inc. I, do CPC, de 2015, indicando o(s) artigo(s) legais que embasam o recurso e a hipótese fática da questão objeto do julgamento⁵⁵⁰. Por se tratar de recurso repetitivo, é evidente que a questão delimitada deve ser comum a vários processos⁵⁵¹.

A delimitação precisa e detalhada é importante por três razões. Primeiro, porque como já foi dito, o objeto da discussão, quando decidido, formará precedente vinculante. É bem verdade que foi revogada a previsão contida no art. 1.037, § 2º, do CPC, de 2015, de que apenas o que foi delimitado como questão controvertida pode ser objeto de decisão no recurso repetitivo. Mas, como já afirmado anteriormente, a formação de *ratio decidendi* pressupõe debate e, pelo menos em tese, apenas o que for delimitado como questão controvertida será objeto da discussão.

Depois, porque somente com a delimitação precisa e detalhada é possível analisar a legitimidade, interesse e pertinência da intervenção de *amicus curiae*. E, por fim, é o que possibilita a realização de *distinguishing* em relação aos demais casos⁵⁵², ou seja, o confronto entre o recurso representativo da controvérsia e demais recursos aparentemente vinculados àquele, seja para fins de eventual suspensão de tramitação até decisão final do recurso repetitivo, ou para aplicação do precedente judicial após a sua publicação.

A identidade da questão jurídica posta nos recursos múltiplos é de suma importância, podendo ser considerada como premissa/requisito essencial, pois somente quando há verdadeira identidade é possível que o julgamento realizado no caso paradigmático seja aplicado aos outros casos sem que seja necessária a constante utilização da técnica de distinção. Não bastam, no entanto, apenas a identidade da questão jurídica,

⁵⁴⁹ Gustavo Badaró afirma que “o STF e STJ deverão compor recursos em que o tratamento da questão controvertida, em suas razões, seja amplo e abrangente, preferencialmente os que explorem todos os possíveis pontos de vista da questão. A amplitude completa das argumentações jurídicas poderá decorrer da soma de recursos com abordagens distintas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 428). No mesmo sentido de que os recursos devem ser representativos das variadas tendências, caso haja divergência, tem-se ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 969.

⁵⁵⁰ Para Gustavo Badaró, também poderão ser identificadas questões correlatas ou que poderiam dela decorrer. (BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 429).

⁵⁵¹ Sobre o significado de questão delimitada e submetida a julgamento, vide MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, pp. 336-337.

⁵⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 430; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 336.

uma vez que a identidade da hipótese fática é elemento essencial à formação e aplicação dos precedentes judiciais. A ausência de previsão expressa sobre identidade fática das decisões conflitantes não gera nenhum prejuízo. Tal como ocorre em Portugal, onde o Supremo Tribunal de Justiça, por meio das suas decisões, acrescentou aos requisitos legais a “incontornável necessidade de identidade de factos”⁵⁵³, o Supremo Tribunal Federal do Brasil também exige a identidade da hipótese fática, inclusive estabelecendo a obrigatoriedade da realização de cotejo analítico entre o acórdão impugnado e o paradigma indicado no recurso⁵⁵⁴.

A adoção de um sistema de precedentes pressupõe a observância das decisões passadas, especialmente as proferidas pelos Tribunais Superiores. A manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência, no entanto, deveres decorrente de Lei (art. 926, CPC, de 2015), somente é possível quando as decisões são analisadas em sua integralidade, inclusive em relação aos fatos que lhe deram origem, sob pena de utilização apenas das ementas ou uso equivocado da técnica do confronto (*distinguishing*). Ou pior, aplicar precedentes judiciais quando a hipótese fática não é considerada pode levar a vício de motivação das decisões judiciais, previsto no art. 489, inc. IV, do CPC, de 2015, qual seja, de limitar-se a invocar precedentes sem identificar a congruência ou ajuste do caso concreto àquela decisão judicial.

Acertado, portanto, é o posicionamento da jurisprudência – nacional e estrangeira – ao exigir que, ao lado do requisito legal de identidade da questão jurídica, esteja presente a necessária identidade da questão fática.

Apesar de o art. 979, § 3º, do CPC, de 2015, ser atinente ao incidente de resolução de demandas repetitivas, a ampla divulgação da afetação de recursos repetitivos é medida adequada e necessária para atingir dois objetivos interligados: dar conhecimento à

⁵⁵³ Termos da decisão do Supremo Tribunal de Justiça Português – acórdão SJ200609270029253, de 27 de setembro de 2006. Decisão neste mesmo sentido também é apontada na obra de GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 829.

⁵⁵⁴ Sobre a necessidade de cotejo entre os acórdãos indicando semelhanças fáticas e jurídicas, inclusive quanto ao dissídio notório, vide MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Aspectos de admissibilidade dos embargos de divergência no âmbito da jurisprudência do STJ. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 732 e entendimento do STF: “A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, mencionar as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto.” (STF – Pleno – ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR – rel. Celso de Mello – j. 30/11/2018 – Dje 13/12/2018; STF – Pleno – ARE 1035798 ED-AgR-ED-EDv-AgR – rel. Ricardo Lewandowski – j. 30/11/2018 – Dje 06/12/2018).

sociedade em geral sobre a discussão da matéria e, com isto, possibilitar a participação de *amicus curiae* nas discussões da questão controvertida⁵⁵⁵.

Os apontamentos sobre a instrução no IRDR, especialmente da participação de *amicus curiae*, realização de audiências públicas e requisição de informações aos Tribunais, são válidas sem ressalvas para os recursos repetitivos⁵⁵⁶.

A decisão proferida nesses recursos atingirá não apenas as partes dos recursos selecionados, mas tantos outros que não serão, pelo menos diretamente, representados durante o julgamento. Assim, é imprescindível que o debate seja amplo e isto somente é possível mediante a maximização dos princípios do contraditório e publicidade, por meio de abertura e chamamento de legitimados à tutela dos terceiros⁵⁵⁷.

Quanto à participação do Ministério Público, apesar de o art. 1.038, inc. III, do Código de Processo Civil, de 2015, dispor que o relator poderá intimá-lo para se manifestar, entende-se que sua atuação é obrigatória no Processo Penal porque é parte na maioria das ações penais em tramitação. De qualquer sorte, a sua intimação para manifestação após a realização de diligências instrutórias nos recursos repetitivos, nos termos da parte final do art. 1038, inc. III, do CPC, de 2015, deve ser acompanhada da intimação das demais partes e interessados no processo, sob pena de observância apenas parcial do contraditório⁵⁵⁸.

A competência para julgamento dos Recursos Especiais repetitivos criminais no Superior Tribunal de Justiça é da Corte Especial ou da 3ª Seção, nos termos dos art. 11, inc. XVI, e art. 12, inc. X, do Regimento Interno do Tribunal, respectivamente. Inexiste previsão expressa sobre a competência para julgamento dos Recursos Extraordinários criminais perante o Supremo Tribunal Federal, mas em razão da importância da matéria e para evitar divergência entre as Turmas que possa ensejar o cabimento de recurso de embargos de divergência, ideal é que seja julgado pelo Plenário. Neste sentido é o

⁵⁵⁵ Sobre a publicidade na formação dos precedentes judiciais, vide item anterior deste estudo.

⁵⁵⁶ MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, p. 149. Sobre esta etapa, vide ASSIS, Araken. Op. cit., 2017, p. 982; e GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., 2011, p. 208.

⁵⁵⁷ Com precisão, Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar do *amicus curiae* nos recursos repetitivos, afirma que “a participação do *amicus curiae* deve ser vista como o contraponto num procedimento em que a Corte emite decisão que resolve recursos de terceiros que têm o direito de influenciá-la.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2016, p. 335). Sobre o processamento perante o Superior Tribunal de Justiça, especialmente quanto ao pedido de informações, intervenção do *amicus curiae* e parecer do Ministério Público, vide CARREIRA ALVIM, J.E. Op. cit., ago. 2008, p. 174; RODRIGUES NETTO, Nelson. Op. cit., set. 2008, pp. 238-240; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2014, pp. 229-231.

⁵⁵⁸ Neste sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 433.

posicionamento de Gustavo Badaró, justificando que “isso dará maior autoridade, legitimidade e representatividade para o julgamento por amostragem”⁵⁵⁹.

A Lei nº 13.256/16 alterou o disposto no § 3º do art. 1.038, do CPC, de 2015, não exigindo mais que todos os fundamentos da tese jurídica, favoráveis ou contrários, sejam discutidos quando do julgamento de mérito dos recursos repetitivos. A modificação legislativa ocorreu para que conste no texto legal que o acórdão abrangerá apenas os fundamentos relevantes da tese discutida.

Não parece acertada, contudo, a escolha do legislador. Mesmo assim, a conjugação do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988, e art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC, de 2015, com o princípio do contraditório que norteia o amplo debate nos recursos repetitivos, direciona ao entendimento de que é imprescindível que o Tribunal analise e discuta todos os argumentos⁵⁶⁰, fazendo-os constar no acórdão⁵⁶¹, sob pena de não formação de precedente, já que para tanto se exige motivação qualificada⁵⁶².

Além da observância da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, o enfrentamento amplo e completo dos argumentos e teses concede à decisão mais legitimidade e autoridade como precedente vinculante.

A caracterização do julgamento dos recursos repetitivos como precedentes decorre, como referido anteriormente, do art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015, mas também do disposto nos arts. 1.039 e 1.040. Isto porque estabelecem que, uma vez decidido o recurso repetitivo, a tese firmada deve ser aplicada a todos os casos que envolvam a mesma questão controvertida anteriormente delimitada, salvo se for o caso de aplicação da técnica de *distinguishing*⁵⁶³. Trata-se de confirmação quanto à adoção de um

⁵⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 433. O autor aponta, também, todos os temas de matéria penal objeto de julgamento de recursos especiais repetitivos. (Id., ibid., pp. 439-443).

⁵⁶⁰ Neste sentido é, inclusive, o Enunciado nº 305 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida, inclusive os suscitados pelos interessados.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

⁵⁶¹ O acórdão é bipartido, uma vez que fixa a tese e julga o caso concreto. (GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/15*. Perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 41).

⁵⁶² MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, p. 149. Para Gustavo Badaró, “é perigoso, para não dizer temerário, começar tal trajeto com decisão além da controvérsia, mas motivação aquém do decidido.” (BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 435). Com posicionamento diverso, considerando supérfluo o dispositivo, tem-se ASSIS, Araken. Op. cit., 2017, p. 983.

⁵⁶³ Justamente para que haja aplicação correta da técnica, evitando-se distinções equivocadas, é importante a escolha detida do recurso representativo (recurso-piloto), delimitação do objeto da controvérsia e observância da hipótese fática quando do julgamento do recurso repetitivo, além do cotejo com o novo caso posto a julgamento. Sobre a aplicação da decisão após a fixação da tese, vide MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Op. cit., 2016, pp. 149-150; e ASSIS, Araken. Op. cit., 2017, p. 983. Mesmo que a tese não seja aplicada, não

sistema de precedentes. É bem verdade que a matéria dos recursos repetitivos no âmbito criminal é muito similar ao Processo Civil. Isto se deve ao fato de ser disciplinada – pelo menos nos dias atuais – pelo mesmo diploma legal (CPC, de 2015). De qualquer sorte, os recursos repetitivos⁵⁶⁴, quando observados pela ótica da formação de precedentes, ganham especial relevância na seara criminal, uma vez que concretizam a igualdade, pois garantem julgamento idêntido para a mesma questão jurídica⁵⁶⁵.

4.2.5 A orientação do plenário ou do órgão especial dos Tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados

O inc. V do art. 927, do CPC, de 2015, indica como precedente vinculante a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estão vinculados. De todos os incisos legais do mencionado artigo, percebe-se que este é o que demanda maior debate, já que a competência de julgamento do plenário e dos órgãos especiais dos tribunais, na seara criminal, é bastante ampla de acordo com os respectivos Regimentos Internos de cada Corte. Além disto, é o inciso legal que encontra maior correspondência na legislação estrangeira, pois mesmo alguns países que não adotam formalmente um sistema de precedentes judiciais vinculantes, como a França e a Argentina, respeitam as decisões proferidas pelas mais altas Cortes do país, especialmente quando proferidas por órgãos colegiados de maior hierarquia.

É importante lembrar que no Brasil, a previsão sobre a coerência, uniformidade e estabilidade da jurisprudência nos tribunais, contida no art. 926 do CPC, de 2015, inclui, além dos tribunais superiores, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais⁵⁶⁶.

enseja direito à reclamação porque deve esgotar as instâncias ordinárias. Isso, contudo, não o desqualifica como vinculante, uma vez que o efeito decorre de previsão legal.

⁵⁶⁴ Gustavo Badaró, ao tratar do tema, afirma que o recurso repetitivo é de grande eficácia quando o objeto da causa seja exclusivamente de direito, uma vez que a variação da hipótese fática pode fazer parecer que a repetição dos recursos seja apenas aparente. BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 439).

⁵⁶⁵ Após a escolha, há o sobrestamento dos demais obrigatoriamente, sob pena de não alcançar os objetivos de igualdade de solução para os casos semelhantes. Possibilidade de suspensão não apenas dos recursos, mas de todos os processos pendentes que tratem da questão repetitiva (art. 1037, II). (WOLKART, Erik Navarro. Op. cit., 2013, p. 140; VIVEIROS, Estefânia. Op. cit., 2015, p. 47; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa de precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, p. 295 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). A respeito do sobrestamento dos recursos não escolhidos como representativos da controvérsia, vide também os Enunciados nº 348 e 364 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., 2017).

⁵⁶⁶ Para Daniel Mitidiero, o art. 926 do novo Código de Processo Civil, ao dispor sobre o dever de uniformização da jurisprudência, não estabelece distinção entre Cortes de Justiça (com função de controle retrospectivo da justiça do caso concreto) e Cortes de Precedentes. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 80 e 76-81).

Os Tribunais Superiores têm, de fato, abrangência nacional e função nomofilática próprias, inclusive decorrentes do texto constitucional pela previsão dos recursos especial e extraordinário. A atuação dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais na formação e aplicação dos precedentes judiciais, no entanto, é importante por algumas razões.

Primeiro, porque os órgãos fracionários menores destes tribunais têm competência para analisar, em grau de recurso de apelação criminal, as sentenças proferidas pelos juízes de Primeira Instância, bem como os embargos de declaração e infringentes.

Em decorrência do efeito devolutivo do recurso de apelação, cabe aos tribunais a reanálise de fatos e teses jurídicas apresentadas pelas partes e utilizadas pelo juízo sentenciante. E, assim, ao julgar tais recursos, aplicará os precedentes vinculantes previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015 ou, na sua ausência, formará precedentes que apesar de não possuírem efeitos vinculantes por previsão legal, devem ser observados pelos julgadores que participaram do julgamento (autoprecedente), bem como pelo órgão que o proferiu⁵⁶⁷.

Depois, porque também compete aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais a uniformização da sua jurisprudência e a manutenção da sua estabilidade nos termos do art. 926 do CPC, de 2015. Cabe-lhes, portanto, a instauração, processamento e julgamento de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência que, ao final, formam, também, precedentes com efeitos vinculantes internos ao próprio tribunal e aos juízes a ele vinculados. Tais incidentes podem ser julgados, a depender do Regimento Interno de cada Tribunal, pelo Órgão Especial ou Plenário, afastando qualquer dúvida sobre a necessidade de os juízes vinculados a esses órgãos observarem tais decisões, além de outras proferidas pelos mesmos órgãos, seja pela previsão contida no inc. III, seja pelo inc. V, ambas do mesmo art. 927 do novo Código de Processo Civil.

O inciso legal ganha ainda maior importância quando se trata dos Tribunais Superiores e, neste ponto, a adoção de um sistema de precedentes no Processo Penal se diferencia do Processo Civil. No âmbito criminal, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julga não apenas questões constitucionais, mas também originariamente ações penais de

⁵⁶⁷ A discussão sobre a necessidade das Cortes de Apelação seguirem as suas próprias decisões é encontrada em ALDRIDGE, Peter. Op. cit., 1984, pp. 187-200. O autor conclui que os precedentes são uma das fontes do direito inglês, mas a doutrina dos precedentes pode ser superestimada e representa apenas uma das técnicas de interpretação dos casos. Sobre a importância das funções de revisão e de uniformização das Cortes de Apelação, tem-se SHAPIRO, Martin. Op. cit., 1980, p. 629.

determinadas autoridades ou mesmo casos individuais, inclusive *habeas corpus*, afetados pelo Relator ou pelas Turmas, como se verá a seguir.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no seu art. 5º, estabelece que compete ao Plenário daquela Corte, na seara criminal, processar e julgar originariamente, por crime comum, as autoridades máximas dos outros Poderes da República, além dos ministros da própria Corte e o Procurador Geral da República, bem como os mandados de segurança contra atos do Presidente da República, mesas do Senado Federal e Câmara dos Deputados.

O art. 6º do mesmo diploma dispõe que o Plenário, no âmbito criminal, tem competência para processar e julgar originariamente a revisão criminal de julgado da Corte, o *habeas corpus*, quando for coator ou paciente o Presidente da República, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, o Supremo Tribunal Federal ou seus ministros, o Conselho Nacional da Magistratura, o Procurador-Geral da República, ou quando a coação provier do Tribunal Superior Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar.

Além desses e das medidas cautelares e arguição de suspeição, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgará os embargos de declaração dos processos decididos pelo mesmo órgão, os processos remetidos pelas Turmas, os *habeas corpus* remetidos ao seu julgamento pelo Relator e os embargos de divergência.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, competem ao Plenário, majoritariamente, questões administrativas não jurisdicionais, tais como a eleição do Presidente e Vice-Presidente da Corte, indicação de magistrados para outros órgãos e deliberação sobre o próprio Regimento Interno. Por sua vez, compete à Corte Especial, considerado o órgão especial do Tribunal, dentre outras questões listadas no art. 11 do Regimento Interno, o julgamento de recursos especiais repetitivos, algumas autoridades pela prática de crimes comuns, as reclamações para garantia da autoridade das suas decisões e as revisões criminais de seus próprios julgados.

Da leitura dos Regimentos Internos supracitados surge uma dúvida: todas as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial do Superior Tribunal e Justiça, no âmbito criminal, são precedentes de observância obrigatória nos termos do art. 927, inc. V, do CPC, de 2015?

A resposta, de maneira genérica e apenas sob a ótica do novo Código de Processo Civil, é positiva. Primeiro, porque as decisões proferidas pelo Plenário ou Corte Especial daqueles Tribunais têm ascendência sobre as demais decisões dos órgãos do Poder Judiciário, inclusive das Turmas e Seções das suas próprias Cortes. Se fosse adotado

integralmente o *stare decisis* inglês ou americano, seria imperativo afirmar que tais decisões consistiriam precedentes verticais, de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário subordinados àqueles órgãos. Alguns apontamentos, contudo, devem ser feitos. Primeiro, a organização judiciária do Brasil é diferenciada em relação àqueles países, especialmente aos Estados Unidos, que dá relevante importância para o sistema estadual de justiça, inexistindo um Tribunal semelhante ao Superior Tribunal de Justiça, dissociado da Suprema Corte, com função recursal somada à uniformização da jurisprudência relativa à legislação federal. Essa função uniformizadora é atribuída à própria Suprema Corte, que julga, portanto, tanto as questões de relevância constitucional quanto as divergências de entendimento a respeito da legislação existente entre as Cortes de Apelação e Cortes Estaduais⁵⁶⁸, ao mesmo tempo em que não é considerada última instância recursal para revisão de decisões das Cortes inferiores.

Depois, porque a Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, apesar de receber cerca de 10 mil casos (*writ of certiorari*, em sua grande maioria) por ano, discute e julga apenas 80 casos no mesmo período, segundo dados extraídos do seu próprio *site* oficial⁵⁶⁹. Isso diminui sobremaneira a possibilidade de conflito de entendimentos (contrastes sincrônicos) dentro do mesmo tribunal, aumenta o conhecimento da comunidade jurídica sobre os casos que foram julgados, justamente pela quantidade reduzida, e facilita a utilização dessas decisões – consideradas como precedentes judiciais – nos casos futuros, seja mediante a sua aplicação ou pelo seu afastamento por ausência de identidade fática ou jurídica. O mesmo ocorre com a Suprema Corte do Reino Unido, que em 2014, por exemplo, analisou apenas 68 casos⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Como afirma Úrsula Ribeiro de Almeida, “a existência de decisões conflitantes sobre a mesma questão federal por diferentes tribunais é um fundamento adequado para apreciação do mérito da questão pela Suprema Corte. A Suprema Corte tem preocupação com a divergência entre Cortes de Apelação e Supremas Cortes Estaduais porque somente ela pode pacificar o entendimento quanto à questão federal, salvo se uma das cortes resolver modificar seu entendimento (*overruling*) ou o Congresso modificar a legislação para torná-la mais clara.” (ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. *Writ of certiorari* do direito estadunidense. *Revista de Processo*, v. 266, 2017, p. 487). Segundo Elival da Silva Ramos, a Suprema Corte americana se debruça apenas sobre casos de maior relevância constitucional. (RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., 2010, p. 73).

⁵⁶⁹ Informações constantes no próprio *site* da Suprema Corte americana, também trazidos em YABLON, Robert M. Justice Sotomayor and the Supreme Court’s certiorari process. *The Yale Law Journal Forum*. New Haven, v. 123, mar. 2014, p. 551; ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Op. cit., 2017, p. 498. O reduzido número de casos aceitos para análise perante a Suprema Corte Americana decorre da discricionariedade na escolha, uma vez que a Corte reconhece que o *writ of certiorari* não é um direito da parte, que já teve seu direito analisado por duas instâncias, nos termos da Regra 10 da própria Corte, que dispõe: “*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion.*” Sobre a discricionariedade na escolha dos casos e a quantidade efetivamente julgada perante a Suprema Corte americana, vide ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de (Id., *ibid.*, pp. 485-491), que também relata as regras de formatação exigidas pela Corte.

⁵⁷⁰ ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. Op. cit., 2016, p. 13.

Como dito anteriormente neste estudo, apenas a *ratio decidendi* das decisões tem o condão de gerar o efeito vinculante. Assim, se as decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela Corte Especial possuírem *ratio decidendi* serão, pelo menos em tese, de observância obrigatória, por força do disposto no CPC, de 2015, desde que tenham fundamentação qualificada em restrita observância do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e do art. 489, § 1º, do CPC, de 2015. O aprofundamento da discussão, no entanto, permite concluir que, em algumas situações, mesmo que cumpridas as exigências supramencionadas, as decisões podem ter apenas efeitos persuasivos.

Denota-se, assim, que o ponto de maior preocupação quanto à formação de precedentes judiciais por julgamento pelo Plenário decorre dos julgamentos em casos individuais criminais não repetitivos, porque a discussão em um único caso concreto pode acarretar a vinculação de todo o Poder Judiciário. Decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal podem formar precedentes vinculantes por força dessa disposição legal, desde que, como dito anteriormente, apresentem motivação adequada e qualificada e o debate das questões seja amplo. Por isto, parece adequado dividir a competência do Plenário do Supremo Tribunal Federal em grupos, para fins de formação de precedentes, excluindo-se o controle concentrado de constitucionalidade, já objeto de análise anterior.

4.2.5.1 Casos individuais afetados ao Plenário/Corte Especial por indicação do relator ou deliberação das Turmas (recursos especiais e extraordinários, *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus* e *mandado de segurança*)

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece, em seu art. 22, a possibilidade de o Relator submeter o feito ao Plenário daquele Tribunal, uma vez que há relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, divergência das Turmas entre si ou algumas delas em relação ao Plenário ou, ainda, “quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário” (art. 22, parágrafo único, alínea *a*).

Trata-se de deslocamento da competência de julgamento das Turmas para o Plenário do Supremo Tribunal Federal, confirmando a função nomofilática do tribunal. A remessa ao Plenário também poderá ser determinada pela Turma, caso haja omissão do Relator, nas mesmas hipóteses previstas no art. 22 do Regimento Interno, quando algum ministro propuser o reexame de questão de inconstitucionalidade já decidida anteriormente pela Corte ou revisão da jurisprudência compendiada em súmula.

Situação idêntica ocorre perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 16 do seu Regimento Interno, que estabelece que as Seções e as Turmas remeterão à Corte Especial os feitos de sua competência quando “acolherem a arguição de inconstitucionalidade, desde que a matéria ainda não tenha sido decidida pela Corte Especial”, se houver proposta de revisão da jurisprudência assentada em súmula, ou “quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.”

A previsão de deslocamento da competência em razão da relevância da questão jurídica ou para prevenir a divergência de entendimento dentro da Corte não é exclusividade dos mencionados Regimentos Internos dos Tribunais Superiores.

Como visto anteriormente, o Incidente de Assunção de Competência (IAC), previsto no Código de Processo Civil, de 2015, também desloca o feito para julgamento em órgão colegiado de maior hierarquia, em razão da relevância da questão ou para prevenir divergências internas no mesmo tribunal. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam, inclusive, que o novo Código de Processo Civil criou, ao prever o IAC, o que já existia no Supremo Tribunal Federal por meio do Regimento Interno⁵⁷¹.

Há, contudo, uma diferença significativa entre o Incidente de Assunção de Competência e a afetação ao Plenário do Supremo Tribunal Federal ou à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: a multiplicidade de processos, requisito essencial do IAC.

Difere, também, a decisão que determina remessa ao Plenário, conhecida como Decisão de Afetação, de instauração do IAC. O *caput* do art. 11 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que a remessa ao colegiado ampliado independe de acórdão⁵⁷², mas silencia em relação à decisão monocrática de deslocamento da competência das hipóteses do art. 22 do mesmo diploma. Enquanto a afetação ora tratada independe de decisão motivada e nova inclusão em pauta de sessão de julgamento, conforme previsão do art. 11 do Regimento Interno, a instauração do Incidente de Assunção de Competência é necessariamente motivada e amplamente divulgada.

A dispensa de acórdão é uma incongruência com o texto constitucional no que diz respeito à garantia da motivação das decisões judiciais e publicidade dos atos processuais, uma vez que há alteração da competência de julgamento sem qualquer exposição pública das razões que ensejaram tal providência.

⁵⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1876.

⁵⁷² Por sua vez, o parágrafo único do art. 16 do RISTJ estabelece que a afetação independe de acórdão, salvo quando houver arguição de inconstitucionalidade.

O conhecimento dos motivos ou, no mínimo, da hipótese legal utilizada para o deslocamento, é imprescindível para o controle das partes e da sociedade sobre os atos judiciais (função extraprocessual da motivação). A motivação das decisões judiciais exerce papel relevante para esse fim⁵⁷³, sendo, portanto, inaceitável a dispensa de decisão escrita e devidamente motivada quando da afetação.

Não apenas sob a perspectiva de observância da garantia constitucional da motivação, a ausência de acórdão ou decisão monocrática de afetação dificulta, senão impossibilita, o conhecimento de terceiros sobre a existência e iminência de julgamento de caso que pode vir a formar precedente vinculante. Isto porque impede a localização dos casos que foram remetidos ao Plenário daquela Corte, já que não há, como existe com o IAC, divulgação da sua instauração e remessa a órgão colegiado maior, possibilitando pedido de admissão de *amicus curiae*, realização de audiência pública e amplo debate – premissas para a formação dos precedentes judiciais, como antes já tratado neste estudo.

A menção à afetação ocorre apenas nos andamentos processuais de cada caso e no final do acórdão de julgamento do mérito da ação ou recurso, de maneira bem simplificada e sem as razões da ocorrência.

A constatação de que houve afetação do caso ao Plenário/Corte Especial, portanto, somente é possível mediante a busca com indexação dos artigos do Regimento Interno do Tribunal na pesquisa de jurisprudência, ou seja, apenas depois do julgamento quando, pelo menos em tese, já se formou o precedente. Justamente por se tratar de casos que podem formar precedentes vinculantes, o que é inadmissível, já que a publicidade e o amplo debate são premissas para que a decisão seja aplicada, posteriormente, de maneira obrigatória em outros casos. Exigir, assim, decisão de afetação – monocrática ou colegiada – escrita e motivada, é essencial para a posterior formação do precedente judicial.

A afetação prevista para os Tribunais Superiores também ocorre em outros países, razão pela qual deve ser analisada de acordo com a legislação e doutrina estrangeiras. A afetação brasileira é similar ao julgamento ampliado previsto no Código de Processo Penal italiano perante a Corte de Cassação daquele país. Diferentemente do Brasil, em que não há qualquer previsão de solicitação de remessa do caso ao Plenário pelas partes, o art. 610, nº 2, do Código de Processo Penal italiano, estabelece que o Presidente da Seção – órgão equivalente à Turma de Julgamento – poderá, a pedido do Procurador Geral, do defensor

⁵⁷³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 42.

da parte, ou de ofício, remeter o caso à *Sezioni Unite* – órgão colegiado de maior hierarquia.

Tal como ocorre no Brasil, a remessa à *Sezioni Unite* da Corte de Cassação italiana decorre da importância da questão ou para dirimir divergências existentes entre as decisões dos órgãos fracionários menores. Ademais, o art. 618 do CPP italiano estabelece que se uma das Seções da Corte de Cassação verificar que a questão de direito *sub judice* ensejou, ou pode ensejar, contratos jurisprudenciais, pode remeter o recurso ao Colegiado Superior, ou seja, à *Sezioni Unite*⁵⁷⁴.

Na Espanha, a divergência entre os diversos órgãos do Tribunal Supremo e a discussão sobre a interpretação de um aspecto da legislação de interesse relevante pode ser dirimida pelo Plenário não jurisdicional da Sala Segunda daquele Tribunal⁵⁷⁵. Neste caso, são convocados, pelo Presidente do Tribunal Supremo, todos os integrantes do Tribunal. Trata-se de um instrumento para unificação em caso de discrepância interna ou para evitar, preventivamente, o aparecimento das divergências. Desta reunião surge um documento chamado *acuerdo* com força vinculante, mas não há julgamento de qualquer caso concreto, uma vez que não se trata de atividade jurisdicional do Tribunal, mas administrativa⁵⁷⁶.

O procedimento não encontra correspondência exata com qualquer instituto brasileiro, apesar de possuir pequenas semelhanças com o procedimento de votação das súmulas, porque não decide casos concretos, mas se estabelece enunciado com força vinculante; com o incidente de assunção de competência ou com a afetação ao Plenário, por ser decidido por uma quantidade maior de juízes e por ser preventivo à eventual divergência de entendimento em casos com relevante interesse⁵⁷⁷; e, por fim, com os

⁵⁷⁴ Afirma a doutrina que “*il ricorso alle sezioni unite può essere sollecitato anche dalla stessa sezione alla quale il ricorso sia stato, in un primo momento, assegnato, quando, d’ufficio o su richiesta di parte, ritenga che la questione di diritto sottoposta al suo esame possa dar luogo ad un contrasto giurisprudenziale. In questo caso è la sezione stessa ad investire, con ordinanza, le sezioni unite (art. 618).*” (DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Mazia. *Manuale di Diritto Processuale Penale*. 7. ed. Milão: CEDAM, 2010, p. 725). Sobre o tema, vide também CADOPPI, Alberto. Op. cit., 2014, p. 213.

⁵⁷⁵ Além disto, há a previsão de cabimento de recurso de cassação penal, tido como um recurso extraordinário que tem como objetivo primordial a defesa do direito objetivo, perseguindo a sua aplicação uniforme, mas sem efeito vinculante. (DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 293).

⁵⁷⁶ As decisões do Tribunal Supremo em casos concretos não têm efeito vinculante. Este efeito é inerente apenas às decisões do Tribunal Constitucional.

⁵⁷⁷ É importante esclarecer que a afetação do direito brasileiro para dirimir ou evitar divergência jurisprudencial não corresponde ao *writ of certiorari* estadunidense. Apesar de o *writ of certiorari* também ter esta função de uniformização do entendimento em decorrência de conflito de decisões sobre a mesma questão jurídica quando as hipóteses fáticas forem coincidentes, as hipóteses de cabimento são mais semelhantes às do recurso especial brasileiro, uma vez que servem para resolver, mediante julgamento na Suprema Corte, os contrastes sincrônicos existentes em tribunais diversos. (BREYER, Stephen G. Reflections on the role of appellate courts: a view from the Supreme Court. *The Journal of Appellate*

embargos de divergência ou também a afetação, por ter como objetivo afastar entendimentos conflitantes dentro de um mesmo tribunal⁵⁷⁸.

O objetivo da ampliação do colegiado no direito espanhol, italiano e brasileiro é o mesmo: o exercício da função nomofilática do Tribunal para assegurar a estrita observância da lei e eliminar eventuais erros de interpretação da própria Corte⁵⁷⁹. Tanto que na Itália há a possibilidade de devolver o julgamento à Seção Singular (órgão colegiado originário e menor) quando a divergência jurisprudencial for superada⁵⁸⁰, visto que não persiste mais a necessidade de uniformização do Direito, providência não existente no direito brasileiro.

Apesar das semelhanças existentes com a afetação italiana, apenas naquele país a disciplina é prevista Código de Processo Penal, uma vez que no Brasil o deslocamento da competência a órgão superior decorre de previsão regimental. Mas não há, no direito italiano, qualquer previsão sobre o efeito vinculante da decisão proferida após a afetação, mesmo a doutrina reconhecendo a maior importância da decisão da *Sezioni Unite* em relação aos órgãos fracionários inferiores⁵⁸¹.

Alberto Cadoppi, ao tratar do precedente criminal no Direito italiano, aponta inexistir – pelo menos de *lege lata*⁵⁸² – a previsão do efeito vinculante a essas decisões. Reconhece, porém, que o art. 618 do Código de Processo Penal italiano é o instituto mais importante na busca pela uniformidade de interpretação do Direito e mais próximo de formação de precedente vinculante naquele país⁵⁸³, especialmente por entender que a Corte de Cassação é o único órgão capaz de formar precedentes com tal efeito⁵⁸⁴.

Practice and Process. Little Rock, v. 91, 2006, p. 92). Uma análise das influências do *writ of certiorari* no direito brasileiro é encontrado em ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Op. cit., 2017, pp. 498-500.

⁵⁷⁸ A este respeito, vide MARTÍN, José Manuel Maza (Coord.). *Casación penal práctica*. Barcelona: Bosch, 2012, pp. 36-38.

⁵⁷⁹ A doutrina afirma que “*la sua è una funzione di nomofilachia, essendo preposta ad assicurare osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale e il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65 ord. giu.)*.” (DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Mazia. Op. cit., 2010, p. 722). Ainda sobre a função nomofilática da Corte de Cassação italiana, vide TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 2010, p. 853; BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.) *O novo processo civil brasileiro*. Direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 52-53.

⁵⁸⁰ TONINI, Paolo. Op. cit., 2010, p. 854.

⁵⁸¹ “*L’autorevolezza della sentenza delle sezioni unite è maggiore di quella della sezione semplice*.” (TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 2010, p. 854).

⁵⁸² O autor afirma que o efeito vinculante dos precedentes em matéria penal na Itália é uma batalha de *lege ferenda*. (CADOPPI, Alberto. Op. cit., 2014, p. 301.

⁵⁸³ Id., *ibid.*, p. 300.

⁵⁸⁴ Id., *ibid.*, p. 307.

A afetação brasileira se justifica pela relevância da questão jurídica discutida ou pela arguição de inconstitucionalidade, enquanto na Itália deriva da especial importância do tema. Os conceitos de relevância e importância são vagos e não encontram delimitação precisa na doutrina dos dois ordenamentos⁵⁸⁵. No Brasil, pode-se considerar a relevância para a afetação aquela semelhante exigida para o reconhecimento da repercussão geral, ou seja, a existência de questões importantes sob a ótica econômica, política, social ou jurídica, a partir de sua amplitude, que ultrapassem os interesses subjetivos do caso concreto.

Na verdade, a relevância da questão objeto do processo será aferida caso a caso, como ocorre na análise da repercussão geral em recursos extraordinários ou no incidente de assunção de competência. Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, “o que realmente interessa é que a repercussão da matéria constitucional discutida tenha amplo espectro, vale dizer, abranja um expressivo número de pessoas”⁵⁸⁶.

Pesquisa realizada no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal, mediante a indexação do art. 22 do Regimento Interno daquela Corte, revelou a existência de alguns acórdãos com menção à afetação ora analisada. Sem o objetivo de esgotar todos os casos daquele Tribunal, a análise do andamento processual e do acórdão do recurso extraordinário nº 459.510 demonstra justamente a dificuldade em localização e identificação das razões da afetação e quem determinou a remessa ao colegiado ampliado, pois ausentes tais registros. Em outros casos, a afetação decorreu da indicação sucinta de que havia alegação pugnano a declaração de inconstitucionalidade, mas sem a apresentação dos fundamentos da decisão⁵⁸⁷.

A ampliação do debate já foi anteriormente apontada como uma das premissas para a formação do precedente vinculante. A questão merece discussão sob o enfoque dos casos afetados ao Plenário/Corte Especial. Como já afirmado anteriormente, a afetação pode ser de qualquer caso de competência das Turmas, perante o Supremo Tribunal Federal, ou Turmas e Seções perante o Superior Tribunal de Justiça. Enquanto se admite *amici curiae*

⁵⁸⁵ O critério da relevância também é utilizado no Direito inglês para embasar recurso criminal à Suprema Corte do país, em face das decisões das Cortes de Apelação. Segundo a doutrina, uma das hipóteses do cabimento do *appeal to the Supreme Court* é que o recurso envolva questão legal de importância pública geral. (SPRACK, John. *A practical approach to criminal procedure*. 15. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 448-449). Sobre a substituição da *House of Lords* pela *Supreme Court of United Kingdom* por meio do Ato de Reforma Constitucional, de 2005, vide ELLIOTT, Catherine; QUINN, Frances. Op. cit., 2016, p. 11 e 16, com apontamento de que todas as demais cortes estão vinculadas às suas decisões.

⁵⁸⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006). *Revista de Processo*, v. 145, mar. 2007, p. 152.

⁵⁸⁷ A título exemplificativo, tem-se RE 422349, HC 97256 e HC 92687.

em recursos especiais e extraordinários sem maiores discussões, a intervenção em *habeas corpus* e mandado de segurança é questão controvertida⁵⁸⁸.

Ao tratar do *amicus curiae* a doutrina enfatiza sua admissão em qualquer procedimento⁵⁸⁹, inclusive durante a tramitação em Primeiro Grau⁵⁹⁰. Flávio Luiz Yarshell defende a admissão de *amicus curiae*, inclusive, em mandados de segurança, afirmando que a ausência de previsão legal e o argumento do caráter sumário do *writ* não podem representar óbice à admissão⁵⁹¹. Isto porque a intervenção é associada ao princípio do contraditório, visto “como a expressão jurídica de exigência política de participação, a legitimar o ato de poder”⁵⁹², devendo ser aplicável, mesmo aos mandados de segurança, a regra do art. 138 do CPC, de 2015⁵⁹³. Neste sentido é o enunciado n° 294 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “a intervenção do *amicus curiae* é cabível no mandado de segurança”⁵⁹⁴.

A questão tem estreita ligação com a afetação dos *habeas corpus* no Plenário do Supremo Tribunal Federal em razão da relevância da questão ou arguição de inconstitucionalidade e conseqüente formação de precedentes judiciais vinculantes. Em havendo afetação de *habeas corpus*, é necessário que haja ampliação do debate, inclusive mediante aceitação de *amici curiae*, sob pena de, ao não aceitar, diminuir a legitimidade da decisão proferida como precedente vinculante.

⁵⁸⁸ “Este Superior Tribunal e a Suprema Corte possuem jurisprudência pacífica quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros no *habeas corpus*, seja na condição de *amicus curiae* ou como assistente de acusação, por se tratar de ação constitucional que objetiva garantir a liberdade de locomoção dos pacientes. Precedentes.” (STJ – 6ª T. - HC 411123 – rel. Sebastião Reis Júnior – j. 06/03/2018 – Dje 22/06/2018) e “A pretendida intervenção, em sede de *habeas corpus*, seja na qualidade de assistente ou de *amicus curiae*, além de não possuir amparo legal, é refutada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não obstante a impetração tenha por escopo o trancamento da ação penal em relação a dois advogados inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, por ter sido formulado em sede de *habeas corpus*, a hipótese é de indeferimento do pedido de ingresso do Conselho Federal da OAB na qualidade de assistente dos pacientes.” (STJ – 5ª T. - HC 377453 – rel. Reynaldo Soares da Fonseca – Dje 05/04/2017).

⁵⁸⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Op. cit., 2016, p. 284

⁵⁹⁰ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Op. cit., 2016, p. 157.

⁵⁹¹ O autor afirma que o “limite de cognição em profundidade que caracteriza o processo do mandado de segurança – decorrente da exigência de liquidez e certeza (=pretensão fundada em prova pré-constituída) – não é incompatível com os pressupostos da intervenção do ‘amigo da corte.’” (YARSELL, Flávio Luiz. Intervenção de *amicus curiae* em processo de mandado de segurança. In: PUOLI, José Carlos Baptista; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 53-58). No mesmo sentido, analisando a possibilidade de intervenção em qualquer processo sem a necessidade de norma expressa autorizadora, tem-se LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Op. cit., 2016, pp. 151-152.

⁵⁹² YARSELL, Flávio Luiz. Op. cit., 2016, p. 58.

⁵⁹³ O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, tem rechaçado a intervenção de *amicus curiae* em mandado de segurança. A título exemplificativo, tem-se STF - MS 34441 – rel. Alexandre de Moraes – decisão monocrática de 07/12/2018 – Dje 11/12/2018.

⁵⁹⁴ PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: JusPodivm, 2017.

É verdade que a ampliação do debate pode ocasionar uma maior duração da tramitação processual e isto seria inconcebível quando se trata de acusados presos. No entanto, a análise de alguns casos afetados ao Plenário do Supremo Tribunal Federal demonstra que entre a afetação ao Plenário e a efetiva inclusão em pauta ou julgamento em mesa decorreu tempo mais que suficiente para que houvesse debate das teses com terceiros que podem ser afetados pela decisão colegiada. Portanto, se a abertura para manifestação de *amici curiae* ocorrer instantaneamente após a afetação o Plenário ou Órgão Especial, estabelecendo-se prazo mais curto e comum nos casos de acusados presos, não haverá prejuízo ou inobservância – pelo menos em tese - da garantia da duração razoável do processo.

Originalmente, a competência para julgamento é das Turmas, sendo a remessa ao Plenário/Corte Especial exceção à regra que somente ocorre quando verificada alguma das hipóteses previstas no Regimento Interno, ligadas à relevância da matéria tratada e à arguição de inconstitucionalidade, de um modo geral. Justamente porque a questão transcende os interesses das partes envolvidas no caso concreto, havendo o deslocamento de competência e ampliação do colegiado. Decorre daí a necessidade de debate do assunto de maneira também ampliada, não restrita às partes do caso concreto, já que o resultado do julgamento será aplicado aos demais casos sobre a mesma questão jurídica e com coincidência da hipótese fática.

Novamente é importante destacar que não se está a defender que apenas os casos em que há intervenção de *amicus curiae* formam precedentes vinculantes. O critério não é, como dito, a efetiva intervenção, mas a concessão de oportunidade para ingresso e manifestação. Desta forma, tal como afirma Flávio Luiz Yarshell em relação ao mandado de segurança⁵⁹⁵, a transcendência de algumas matérias para além das partes envolvidas nos casos justifica a admissão de *amicus curiae* mesmo em *habeas corpus*.

A afetação, como referido anteriormente, assemelha-se ao incidente de assunção de competência previsto no Código de Processo Civil, de 2015, instituto que aceita a intervenção de *amicus curiae* e valoriza o amplo debate em razão da relevância da questão discutida. Seria incongruente que decisões com o mesmo efeito – observância obrigatória/efeito vinculante – não possam dispor de semelhantes mecanismos de debate das questões envolvidas. Desta forma, considera-se imprescindível garantir a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em todos os casos afetados ao Plenário/Corte Especial,

⁵⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Op. cit., 2016, p. 56.

justamente porque as decisões proferidas serão aplicadas a inúmeros outros casos além daquele individual em que houve a discussão.

Frise-se, novamente, que se defende a abertura de oportunidade para intervenção e não efetiva participação do *amicus curiae*. Isto é realizável quando o Poder Judiciário valoriza e efetiva a publicidade dos seus atos antes da formação do precedente, não apenas com a publicação da decisão já proferida. Como já sustentado neste estudo, anterior à formação dos precedentes judiciais os Tribunais devem divulgar, da maneira mais ampla possível, a instauração de IRDR e IAC, a afetação de recursos repetitivos e o deslocamento de competência decorrente da afetação ao Plenário/Corte Especial, questão ora tratada. A divulgação garante que os interessados possam requerer o ingresso para apresentação dos seus argumentos favoráveis ou contrários às teses discutidas nos casos afetados, tornando a decisão final e, conseqüentemente, o precedente vinculante, ainda mais legítimos de aplicação a outros casos.

Apesar de o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisões monocráticas, ter aceitado recentemente a admissão de *amicus curiae* em recurso ordinário em *habeas corpus* e em *habeas corpus* coletivos, a iniciativa ainda é muito reduzida e não representa com exatidão a amplitude de debate pretendida para fins de aplicação vinculante das decisões.

No recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC nº 163.334/STF)⁵⁹⁶, o ministro reconheceu “excepcionalmente possível a admissão de *amici curiae* no âmbito criminal, quando a questão discutida possua grande repercussão social”, além da aplicação do art. 138 do Código de Processo Civil, de 2015, ao Processo Penal. E, apesar de dispor que “a discussão sobre a tipicidade penal da conduta de não recolhimento do ICMS próprio pelos comerciantes tem gerado uma ampla controvérsia entre a comunidade empresarial e os Ministérios Públicos dos diversos Estados, prejudicando a segurança jurídica”, restringiu o ingresso de apenas um Estado da Federação, além de duas entidades privadas, como *amici curiae*. E justificou a restrição pela possibilidade de criação de “transtorno processual”.

Entende-se que, apesar do caso não ter afetado o Plenário, pelo menos até o encerramento deste estudo, em janeiro de 2019, a decisão representa um grande avanço do Tribunal em aceitar a ampliação do debate sobre questões que transcendem as partes do caso concreto, causando insegurança jurídica ao encontrar divergências perante os Estados ou Tribunais locais. A restrição dos *amici curiae*, no entanto, e a limitação a um Estado da

⁵⁹⁶ STF - RHC 163334 – rel. Roberto Barroso – decisão monocrática de 22/11/2018 – Dje 23/11/2018.

Federação, mesmo quando a matéria é estadual e encontra tratamento diferenciado em cada um dos Estados, conflita com a premissa da ampliação de debate pretendida pela adoção de um sistema de precedentes.

A admissão dos *amici curiae* deve levar em consideração os critérios do art. 138 do CPC, de 2015, a saber: a importância da matéria, que neste caso se revela pela discussão sobre tipicidade penal; e a representatividade dos solicitantes, cuja dúvida inexiste, uma vez que eram justamente os Estados da Federação. A decisão não pode decorrer da suposição de haver um transtorno processual, já que a concessão de um prazo comum para apresentação dos requerimentos de ingresso e posterior manifestação é suficiente para evitar transtornos ou atrasos na tramitação processual⁵⁹⁷, como afirmado anteriormente neste estudo.

Além disto, em duas oportunidades – dois casos de *habeas corpus* coletivos – o Supremo Tribunal Federal, por meio dos ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, reconheceu a importância da ampliação do debate e a participação de entidades com representatividade e pertinência temática.

No Agravo de Regimento em *Habeas Corpus* coletivo nº 143.988, o ministro Edson Fachin reconheceu que “a figura do *amicus curiae* revela-se como instrumento de abertura do Supremo Tribunal Federal à participação popular na atividade de interpretação e aplicação da Constituição.” Ressalta, porém, que apenas pessoas jurídicas com representatividade podem ser admitidas, sendo excluídas as pessoas físicas. E que a ampliação do debate, mediante apresentação de vários pontos de vista, interesses e aspectos, além dos apresentados pelas partes, possibilita “decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito”⁵⁹⁸. É isso, justamente, o que se defende neste estudo como premissa para a formação de precedentes vinculantes.

Apesar da maior aceitação do *amicus curiae* nos processos criminais, a discussão sobre a admissibilidade *habeas corpus* individual é demasiadamente importante, não ocorrendo apenas em casos coletivos. Matérias relevantíssimas têm sido decididas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em *habeas corpus* individual, sem que haja a devida publicidade sobre a afetação ao colegiado ampliado ou mesmo abertura para manifestação de terceiros ou designação de audiências públicas. E, mesmo assim, impõe-se observância obrigatória às decisões proferidas, o que parece um contrassenso, tendo em vista que uma

⁵⁹⁷ A providência de concessão de prazo comum a todos os *amici curiae* para manifestação foi adotada em decisão monocrática nos autos do STF – *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641 – rel. Ricardo Lewandowski – decisão de 24/10/2018 – Dje 25/10/2018.

⁵⁹⁸ STF – AgReg em HC 143988 – rel. Edson Fachin – decisão monocrática de 16/08/2018 – Dje 20/08/2018.

das premissas para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes é o amplo debate, elemento que inexistiu em alguns casos decididos no Plenário.

Um exemplo recente sobre a existência ou não do efeito vinculante de uma decisão proferida em *habeas corpus* individual afetado ao Plenário do Supremo Tribunal Federal é a mudança de posicionamento daquela Corte em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade após o julgamento em Segunda Instância. Sem adentrar no mérito da discussão sobre o acerto ou não da decisão proferida pelo Plenário daquela Corte nos autos do *Habeas Corpus* nº 126.292, a questão merece destaque sob o enfoque de formação ou não de precedente vinculante. A mesma Corte havia, anos antes, decidido que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, a execução da pena criminal estava condicionada ao trânsito em julgado da decisão condenatória. Em dezembro de 2015, a Segunda Turma, por votação unânime, mas sem acórdão ou decisão escrita e fundamentada, determinou a afetação do *habeas corpus* ao Plenário⁵⁹⁹.

O julgamento que alterou o entendimento do Tribunal, ou seja, realizou o *overruling* do precedente anterior, ocorreu em 17 de fevereiro de 2016, sem qualquer divulgação a respeito da existência da discussão da matéria, em que pese a relevância do tema, que transcende – e muito – as partes envolvidas naquele *writ*. É verdade que em relação às partes do caso concreto inexistiu decisão surpresa, uma vez que a questão foi debatida nos autos, sendo possível o comparecimento na sessão de julgamento perante a Turma ou mesmo no Plenário daquela Corte. A iminência da discussão do tema perante o Plenário e naqueles autos específicos, no entanto, era completamente desconhecida de todas as demais partes de outros casos que poderiam – e foram – afetadas pelo julgamento *overruling* ocorrido. Entre a afetação ocorrida em 15/12/2015 e o julgamento pelo Plenário do STF em 17/02/2016 houve tempo hábil para que fosse feita divulgação sobre o deslocamento da competência e a concessão de prazo para eventual participação de *amici curiae* sem que houvesse necessidade de prolongamento da tramitação processual ou ofensa à duração razoável do processo.

Não se está a defender aqui que o Supremo Tribunal Federal ou qualquer outro Tribunal do país não possa superar seus precedentes ou mesmo formar precedentes vinculantes em decorrência de julgamento de casos individuais. A superação dos próprios

⁵⁹⁹ O registro sobre a afetação ao Plenário geralmente ocorre apenas no andamento processual dos casos, durante a tramitação, e na parte final do acórdão, no campo “decisão”, após o julgamento, não constando as razões que ensejaram tal providência.

precedentes é aceita nos países de *common law*, inclusive no direito inglês, considerado o mais rígido quanto à observância das decisões anteriores.

O que se defende é que para a legítima formação de precedente vinculante há necessidade de tornar pública, mediante ampla divulgação no próprio *site oficial* do Tribunal, a existência da discussão para que terceiros, eventualmente afetados pela decisão final, possam requerer ingresso no feito para intervir, apresentando seus argumentos antes da realização do julgamento. Entende-se, portanto, que é incongruente que a legislação (art. 927, § 5º do novo CPC) exija que os Tribunais deem publicidade aos precedentes formados, com a divulgação na rede mundial de computadores (internet), mas não manifeste a necessidade de publicidade prévia à sua formação.

Em síntese, denota-se que, em razão da relevância das questões afetadas para julgamento no Plenário/Corte Especial dos Tribunais Superiores, especialmente nas hipóteses de alteração de tese jurídica anteriormente fixada, deve-se aplicar o contido no §2º do art. 927 do CPC, de 2015, quanto à possibilidade de realização prévia de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Isto evitaria o ocorrido no HC nº 126.292/STF supracitado, em que o pedido de ingresso do *amicus curiae* somente ocorreu após o julgamento e fixação da tese, e não foi analisado pela Corte, já que não houve qualquer divulgação sobre o possível julgamento, sendo o conhecimento apenas possível com a divulgação do resultado/decisão.

É imprescindível, também, a análise das decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal proferidas em casos individuais em que há alegação incidental de inconstitucionalidade (controle difuso ou concentrado de constitucionalidade).

Há fácil aceitação do efeito vinculante das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, até porque, como dito em tópico anterior, há muito se prevê o seu efeito *erga omnes*. A maior discussão permeia o controle difuso ou incidental de constitucionalidade⁶⁰⁰ e eventual efeito vinculante da *ratio decidendi*.

Apesar de inexistir previsão expressa sobre o tema no Código de Processo Civil, de 2015, a questão é importante para este estudo, pois a análise da atividade do Supremo Tribunal Federal indica que o reconhecimento da inconstitucionalidade não ocorre apenas por meio do controle abstrato, mas também em casos específicos que são levados a

⁶⁰⁰ Como afirma Elival da Silva Ramos, mesmo reconhecendo que cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal o processamento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, “o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é indubitavelmente um sistema difuso, ao menos no tocante à inconstitucionalidade comissiva, sendo reconhecido a qualquer juiz ou tribunal de nosso aparato judiciário, respeitadas as regras de distribuição de competência, o poder de controlar a conformidade das leis à Constituição.” (RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., 2010, pp. 69-70).

juízo perante o Plenário daquela Corte, especialmente na seara criminal. E, assim, nos termos do art. 927, inc. V, do novo CPC, há, pelo menos em tese, a formação de precedente vinculante cuja observância é obrigatória.

Ao tratar especificamente sobre o controle de constitucionalidade, Elival da Silva Ramos afirma que há possibilidade de reconhecer efeitos *erga omnes* para casos difusos, por uma necessidade de evitar discrepâncias em sistemas que não adotam o *stare decisis*⁶⁰¹. Percebe-se que há, inclusive, a possibilidade de reconhecimento do efeito vinculante a essas decisões, desde que estejam presentes os pressupostos do amplo debate, da motivação das decisões judiciais, da ampla defesa, do contraditório e da publicidade.

Uma busca junto ao *site* oficial do Supremo Tribunal Federal encontra alguns exemplos de casos afetados ao Plenário em razão da arguição de inconstitucionalidade em controle difuso.

O *Habeas Corpus* nº 92.687, originalmente da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foi afetado ao Plenário daquela Corte devido à arguição de inconstitucionalidade do art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) pela impossibilidade de concessão de liberdade provisória nos casos com acusação de prática do crime de tráfico de drogas. É evidente que a questão objeto deste *writ* não interessava apenas aos envolvidos no caso concreto, mas a inúmeros outros acusados pelo mesmo crime que, inclusive, eram pacientes em outros *habeas corpus*, ou partes em recursos, perante o mesmo Tribunal. Diante do reconhecimento de que a questão objeto do *habeas corpus* era a arguição de inconstitucionalidade (controle difuso em caso individual), a Segunda Turma afetou o julgamento ao Plenário do Supremo Tribunal Federal para posterior deliberação com o colegiado completo, o que de fato ocorreu posteriormente, com o reconhecimento da inconstitucionalidade de parte do mencionado art. 44 no tocante à impossibilidade de concessão de liberdade provisória nos casos sobre o crime de tráfico de drogas. Neste *habeas corpus*, a Segunda Turma, ao afetar o caso para julgamento do Plenário, decidiu conceder medida liminar para suspender a vedação existente no artigo legal e determinar que o juiz analise o preenchimento ou não dos requisitos autorizadores da prisão preventiva.

⁶⁰¹ Id., *ibid.*, pp. 83-84. Sobre a necessidade de observância desses julgados, faz-se um breve apontamento em SCALABRIN, Felipe; SANTANA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1º e § 2º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 255, maio. 2016, p. 26. Com posicionamento diverso encontra-se o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal no sentido de que dar efeito vinculante em controle difuso interfere no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e aniquila o princípio da separação dos Poderes. (STF – Pleno eletrônico – RE 1038925 – rel. Min. Gilmar Mendes – j. 18/08/2017 – Dje 19/09/2017).

Quando do julgamento do mérito, em 2010, o *writ* acabou não sendo conhecido porque a decisão de Primeira Instância sobre a liberdade provisória foi reconsiderada, portanto, continuou pendente a decisão sobre a arguição de inconstitucionalidade do mencionado art. 44 da Lei de Drogas. O Supremo Tribunal Federal, porém, voltou a discutir a mesma matéria em maio de 2012, após ter afetado o *Habeas Corpus* nº 104.339 ao Plenário em fevereiro de 2011. E, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade por controle difuso da expressão “e liberdade provisória” do *caput* do art. 44 da Lei nº 11.343/2006⁶⁰².

Apesar de se tratar de caso afetado ao Plenário, nos termos do Regimento Interno, e com reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivo legal, pelas premissas adotadas neste estudo quanto ao amplo debate, a decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal não constituiu precedente vinculante por força do art. 927, inc. V, do CPC, de 2015. Apesar da intensa discussão sobre o tema entre os ministros quando do julgamento do Plenário, que inclusive ensejou um acórdão de 90 páginas com votos separados de alguns julgadores, não houve a abertura de oportunidade para manifestação de terceiros que seriam afetados pela decisão vinculante. Não foi, tampouco, dada publicidade sobre a afetação da matéria ao Plenário, que cientificaria a sociedade a respeito da existência da discussão – no órgão máximo do Poder Judiciário – sobre a matéria que afeta inúmeros jurisdicionados além do paciente específico daquele *writ*. A ausência de efeito vinculante à decisão ensejou que o mesmo tema voltasse a ser discutido perante o Supremo Tribunal Federal por meio de reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 1.038.925, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria⁶⁰³.

Sabe-se que compete ao Plenário do STF e Corte Especial do STJ o julgamento de outros casos individuais além dos elencados neste item deste estudo, tais como revisões criminais, reclamações constitucionais, questões incidentais em investigações que envolvam autoridades, ações penais originárias e repercussão geral, por exemplo. Ao nosso ver, em se tratando de caso individual julgado por estes órgãos, só formarão precedentes vinculantes, com aplicação da tese jurídica a terceiros, se houver o amplo debate com a possibilidade de participação de *amici curiae*, tal como estabelecido para os casos afetados.

Como expresso anteriormente, não se está a defender que casos individuais não possam formar precedentes vinculantes, tampouco se defende que as decisões proferidas

⁶⁰² STF – Pleno - HC 104339 – rel. Min. Gilmar Mendes – j. 10/05/2012 – Dje 05/12/2012.

⁶⁰³ STF – Pleno eletrônico - RE 1038925 – rel. Min. Gilmar Mendes – j. 18/08/2017 – Dje 19/09/2017.

em casos individuais perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ou eventualmente à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, devam ser totalmente desconsideradas somente porque não constituem precedentes vinculantes. Muito pelo contrário. A observância das decisões proferidas pelas mais altas Cortes do país deve ocorrer, pelo menos em razão do efeito persuasivo e do respeito pela posição hierarquicamente superior daqueles Tribunais. Matérias de relevância nacional e discussão sobre a (in)constitucionalidade da legislação que extrapolam interesses individuais dos casos concretos específicos podem formar precedentes vinculantes. Isso não significa, no entanto, que este efeito decorra de todas as decisões proferidas pelo Plenário dessas Cortes, exigindo-se, pelo menos no âmbito criminal, que o debate seja amplo e público, justamente para que haja observância da ampla defesa, contraditório e publicidade dos atos processuais e, conseqüentemente, a formação do precedente vinculante seja a mais legítima possível e possa, assim, pautar as ações e omissões dos indivíduos com segurança.

4.2.5.2 Decisões proferidas em recursos de embargos de divergência

É notório o expressivo número de recursos levados a julgamento perante os Tribunais Superiores, o que ensejou, inclusive, a divisão em órgãos fracionários a fim de garantir a análise das questões de maneira mais célere e eficiente. Tal fracionamento, no entanto, fez com que surgissem divergências de posicionamentos entre os órgãos fracionários nos julgamentos dos recursos especial e extraordinário⁶⁰⁴.

Uma forma de controle da uniformização da jurisprudência e garantia da unidade na sua interpretação é a previsão dos embargos de divergência (art. 1.043 do CPC, de 2015), o que possibilita a rediscussão da matéria no mesmo tribunal, evitando o dissenso entre os órgãos fracionários e, assim, garantindo que a função nomofilática daquela corte seja realmente cumprida⁶⁰⁵.

Para José Rogério Cruz e Tucci, os embargos de divergência são um “importante instrumento para resolver as inexoráveis divergências *intra muros*”, reforçando a

⁶⁰⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 459. Como afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, “se, de um lado, o dissídio pretoriano exsurge inevitável, num sistema basicamente calcado em jurisdição singular, por outro lado esse mesmo sistema sinaliza claramente que prefere a harmonização, a pacificação entre os entendimentos conflitantes, e para tal, indica os meios para o controle/prevenção da divergência prenunciada ou a superação daquela já instalada.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 301).

⁶⁰⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2015, p. 450.

previsibilidade e harmonia dos julgamentos⁶⁰⁶. No mesmo sentido é o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar que “os embargos de divergência visam afastar interpretação divergente do sentido das normas positivas” perante os tribunais superiores⁶⁰⁷.

Gustavo Henrique Badaró considera que os embargos de divergência complementam a função dos tribunais superiores ao julgarem os recursos especial e extraordinário, uma vez que garantem a unidade na interpretação do texto legal, evitando que a autoridade das Cortes seja comprometida⁶⁰⁸.

Nesse mesmo sentido tem-se Pedro Miranda de Oliveira, afirmando que a função desse recurso é “uniformizar a jurisprudência interna dos Tribunais Superiores (STF e STJ), superando os dissídios que possam surgir entre órgão fracionário julgador do Recurso Extraordinário ou Especial e os demais órgãos do respectivo Tribunal”⁶⁰⁹. É um recurso que, diferente dos demais excepcionais, tem como objetivo eliminar divergências internas no âmbito de um mesmo tribunal e, conseqüentemente, uniformizar todo o território nacional, evitando a loteria judiciária⁶¹⁰.

O recurso representa, portanto, o mais fiel retrato da função nomofilática dos Tribunais Superiores, com propósito maior do que discutir o caso concreto⁶¹¹, já que não tem o condão apenas de julgar o acerto ou desacerto da decisão⁶¹² e, com isso, gerar efeitos entre as partes. O objetivo também é de garantir a existência de apenas um entendimento

⁶⁰⁶ Id., *ibid.*, p. 450.

⁶⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2009, p. 641.

⁶⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Op. cit.*, 2017, p. 441.

⁶⁰⁹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1566.

⁶¹⁰ Para Pedro Miranda de Oliveira, “é claro que, por via transversa, os referidos embargos também têm o condão de corrigir as decisões que eventualmente violem a lei federal infraconstitucional ou a Constituição, fazendo justice no caso concreto.” (Id., *ibid.*, p. 1567). Arruda Alvim, ao comentar as modificações trazidas pelo novo Código de Processo Civil quanto aos recursos excepcionais, comenta que os embargos de divergência têm como objetivo a promoção da igualdade de todos perante a lei e as decisões judiciais, além da uniformização na aplicação do direito. (ALVIM, Arruda. O projeto de novo CPC e os recursos excepcionais. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 29).

⁶¹¹ Athos Gusmão Carneiro afirma que o recurso tem um propósito maior que apenas decidir um caso específico e gerar efeitos entre as partes. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial, agravos e agravo interno*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 146).

⁶¹² Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “os embargos de divergência destinam-se a promover a uniformização da jurisprudência desta Corte [...] não se prestam, pois, à mera revisão do acerto ou desacerto do acórdão embargado.” (STF – Pleno - RE 355796 AgR-ED-EDv-AgR – rel. Ricardo Lewandowski – j. 23/02/2011 – Dje 17/03/2011). Neste sentido, vide, também, SHIMURA, Sérgio. Embargos de divergência. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: RT, 1998, p. 419.

sobre o tema, uniformizando a jurisprudência interna dos Tribunais Superiores⁶¹³, fixando paradigmas⁶¹⁴ e formando precedente judicial com efeito vinculante.

Esta preocupação não é exclusividade do Brasil. O Código de Processo Penal português, de 1987, prevê o cabimento de recurso extraordinário de fixação de jurisprudência ao Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário local, quando aquele Tribunal proferir dois acórdãos em sentido contrário sobre a mesma questão de Direito, sob o domínio da mesma legislação (art. 437, CPP português)⁶¹⁵.

Apesar de o recurso naquele país ter como pressuposto o trânsito em julgado da decisão, justamente o oposto do Brasil, o objetivo é idêntico ao dos embargos de divergência brasileiro, pois ambos visam a uniformização da jurisprudência na mais alta Corte do país.

A divergência de entendimentos também é preocupação do Chile, que reformou seu Código de Processo Penal em 2000 e, atualmente, prevê (art. 373, nº 3, CPP chileno) que cabe recurso à Corte Suprema daquele país na hipótese de haver posicionamentos distintos dos Tribunais Superiores sobre a mesma matéria de Direito⁶¹⁶.

No Brasil, o tratamento da divergência jurisprudencial dentro de um mesmo tribunal pode ser objeto de recurso, antes do trânsito em julgado. É cabível o recurso de embargos de divergência em face de decisões de mérito em recurso especial, extraordinário ou em agravo de instrumento nesses recursos e divergir de julgamento de mérito de

⁶¹³ Mauro Luiz Campbell Marques afirma que os embargos de divergência “constituem recurso que tem por finalidade exclusiva a uniformização da jurisprudência interna do STJ.” (MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Aspectos de admissibilidade dos embargos de divergência no âmbito da jurisprudência do STJ. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 738). José Rogério Cruz e Tucci destaca os embargos de divergência como meio de impugnação capaz de suscitar manifestação do Tribunal para uniformização do entendimento quando houver divergência a seu respeito (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 450).

⁶¹⁴ Apesar de ter efeitos só entre as partes, serve como paradigma jurisprudencial. (MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Op. cit., 2014, pp. 730-731).

⁶¹⁵ A existência de dois acórdãos em sentido contrário sobre a mesma questão de direito é pressuposto para a interposição do recurso, nos termos do Código de Processo Penal português e da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: “Na verificação dos pressupostos legais de admissão do recurso extraordinário para fixação de jurisprudência não se pode prescindir da exigência de oposição de julgados, nos termos do art. 437, nº 1, do CPP, de considerar-se preenchida quando, nos acórdãos em confronto, manifestamente, de modo expresse, sobre a mesma questão fundamental de Direito, se acolhem soluções opostas, no domínio da mesma legislação.” (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS. Acórdão SJ200609270029253, de 27 de setembro de 2006). Neste sentido, também, GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 828 e 830).

⁶¹⁶ A preocupação com a uniformização da jurisprudência no Chile não é exclusiva do Direito Processual Penal. O Código de Trabalho chileno, em seus arts. 483 e 483-A, dispõe sobre o cabimento de recurso de uniformização de jurisprudência, a ser julgado pela Corte Suprema quando, sobre a mesma matéria de Direito existirem posicionamentos conflitantes perante os Tribunais Superiores.

qualquer outro órgão do mesmo Tribunal (art. 1.043, inc. I, do CPC de 2015)⁶¹⁷. Ou, quando a divergência ocorrer entre um “acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido o recurso, embora tenha apreciado a controvérsia” (inc. II)⁶¹⁸. O recurso está previsto no art. 1.043 do novo Código de Processo Civil, aplicável ao Processo Penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal, tendo em vista a revogação de parte da Lei nº 8.038/90, como anteriormente exposto.

A divergência que enseja o cabimento do recurso é a existente entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal, no caso, dos Tribunais Superiores (Turmas do Supremo Tribunal Federal e Turmas ou Seções do Superior Tribunal de Justiça)⁶¹⁹, mas também em relação a julgamento do Plenário ou Corte Especial⁶²⁰, não necessariamente quando do julgamento de recursos especial e extraordinário. É possível o cotejo com acórdão paradigma proferido em ações de competência originária, por exemplo.

Como dispõe o § 2º do art. 1.043, do CPC, de 2015, “a divergência que autoriza a interposição de embargos de divergência pode verificar-se na aplicação do direito material ou do direito processual”⁶²¹.

Além disto, cabem embargos de divergência “quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros”, nos termos do art. 1.043, § 3º do CPC, de

⁶¹⁷ Ao comentar o cabimento do recurso sob a égide do Código de Processo Civil anterior, Teresa Arruda Alvim afirma que “só é embargável decisão em que se tenha exercido o mesmo grau de cognição”, questão que restou superada com o advento do CPC, de 2015. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 337). Sobre a superação, vide RODRIGUES, Luiza Silva. *Embargos de divergência no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 216-217.

⁶¹⁸ A redação sobre o cabimento dos embargos de divergência no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é mais simples: “Art. 330. Cabem embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do direito federal.” O recurso também encontra previsão no art. 266 e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

⁶¹⁹ Neste sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 465 e RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, p. 210. Não são cabíveis embargos de divergência com a utilização de súmula ou decisão monocrática como paradigma. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 15. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2018, p. 458). Em posicionamento recente, o Supremo Tribunal Federal considerou incabível o recurso em face de decisão monocrática (STF – Pleno - ARE 1035798 ED-AgR-ED-EDv-AgR – rel. Ricardo Lewandowski – j. 30/11/2018 – Dje 06/12/2018 e STF – Pleno - ARE 841153 EDv-ED – rel. Teori Zavaski – j. 07/10/2015 – Dje 26/10/2015).

⁶²⁰ RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, p. 214; GRANADO, Daniel Willian. São admissíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigma não provém de recurso especial? Análise da orientação do STJ. *Revista de Processo*, v. 186, ago. 2010, p. 275. A necessidade da divergência ser oriunda do mesmo Tribunal também é prevista no Direito Processual português. (GERALDES, António Abrantes. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2014, p. 401).

⁶²¹ Discussão pormenorizada sobre a divergência jurisprudencial que enseja o cabimento dos embargos de divergência é encontrada em RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, pp. 261-278.

2015⁶²². Isto porque, em havendo alteração de metade do órgão julgador (pelo menos três Ministros), este não será mais o mesmo⁶²³. Como já foi afirmado anteriormente, no item sobre o *overruling*, a modificação na composição do Tribunal é rechaçada nos Estados Unidos como fundamento para a superação do precedente judicial⁶²⁴. É bem verdade que essa hipótese de cabimento dos embargos de divergência não visa diretamente a superação do precedente judicial, mas a uniformização do entendimento no mesmo órgão fracionário do Tribunal. A questão, no entanto, tem relevância ao se notar que houve mudança expressiva dos integrantes do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos e, pelo menos a cada dois anos, há modificação da composição das turmas em razão da alternância da Presidência da Corte⁶²⁵.

Outrossim, a divergência pressupõe atualidade, somente sendo cabível o recurso de embargos de divergência quando o acórdão paradigma utilizado refletir o posicionamento recente do Tribunal⁶²⁶. Também é imprescindível que haja verdadeira divergência, pois a congruência entre os acórdãos afasta o cabimento do recurso⁶²⁷.

⁶²² Esta hipótese era rechaçada pela doutrina e Superior Tribunal de Justiça na égide do CPC, de 1973 (MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Op. cit., 2014, p. 733), além da Súmula 353 do Supremo Tribunal Federal. Sobre a superação da Súmula 353/STF, tem-se o Enunciado nº 232 do FPPC: “Fica superado o enunciado 353 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC.” (PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo: JusPodivm, 2017).

⁶²³ Sobre o tema, vide RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, pp. 219-222.

⁶²⁴ GARNER, Byran A. et al. *The law judicial precedent*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016, pp. 415-416.

⁶²⁵ Apesar de não tratar sobre os embargos de divergência, Thiago Bottini expõe a problemática da mudança jurisprudencial decorrente da modificação da composição do Supremo Tribunal Federal. Afirma o autor que “a primeira questão é que, há bem pouco tempo, em 2009, o mesmo Supremo dissera o oposto. Dissera que era necessário aguardar o trânsito em julgado para executar a pena. De 2009 a 2016, houve mudança dos integrantes do STF. Mas não houve mudança da Constituição. Como explicar para a população que a cada novo ministro que integrar no Supremo as decisões anteriores podem mudar? Cria-se uma insegurança jurídica. Justamente o contrário da previsibilidade que se espera em um Estado de Direito. Ao ser sabatinado no Congresso dos Estados Unidos quando indicado para presidir a Suprema Corte daquele país, John Roberts afirmou que um juiz não deve votar pela substituição de um precedente apenas porque considera que o julgamento que o estabeleceu foi equivocado. Roberts é conhecido por suas posições conservadoras e a pergunta tratava da possibilidade de mulheres abortarem. Embora pessoalmente contrário a essa decisão anterior da Suprema Corte americana, Roberts demonstra respeito à história da própria instituição. Jurisprudência de Corte Constitucional não é como nossas meias, que trocamos todos os dias.” (BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. *Onze Supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2017, p. 205).

⁶²⁶ Neste sentido, RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, p. 223 e 265-268, afirma que a contemporaneidade deve ser aferida quando da interposição do recurso. Yuri Guerzet Teixeira afirma que “divergência ultrapassada não é mais divergência.” (TEIXEIRA, Yuri Guerzet. Os embargos de divergência à luz da razoável duração do processo. *Revista de Processo*, v. 217, mar. 2013, p. 324). A atualidade da divergência também é pressuposto para o cabimento do *writ of certiorari* estadunidense, como aponta ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Op. cit., 2017, p. 487.

⁶²⁷ MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Op. cit., 2014, p. 736 e recente decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é incabível o recurso “se a jurisprudência do Plenário ou de ambas as turmas estiver firmada no sentido da decisão embargada” (STF – Pleno - RE 1053577 AgR-EDv-AgR – rel. Roberto Barroso – j. 27/04/2018 – Dje 04/06/2018).

A contemporaneidade do entendimento não é requisito para a interposição do recurso à uniformização de jurisprudência em Portugal (art. 437, inc. I, CPP português), que exige apenas dois acórdãos em sentido contrário e proferidos no domínio da mesma legislação⁶²⁸. Uma conjugação dos dois cenários parece mais adequada a este estudo. A identidade fática e jurídica dos casos é imprescindível, sob pena de, inclusive, inviabilizar o cotejo entre o acórdão impugnado e o paradigma. Além disso, entende-se que somente haverá identidade de questão jurídica se houver coincidência de dispositivo legal, portanto, é necessário que a legislação objeto do recurso seja a mesma. Apenas as modificações legislativas substanciais que interfiram na solução da questão jurídica, no entanto, devem ser consideradas como óbice para o cabimento do recurso.

Apesar de o Código de Processo Civil, de 2015, não dispor expressamente que os embargos de divergência formam precedentes vinculantes, uma leitura atenta e conjunta dos arts. 926 (dever de coerência da jurisprudência) e 927, inc. V, com o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal levam a esta conclusão.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, alteração regimental recente transferiu a competência de julgamento de ações penais, dentre outros casos, do Plenário para as Turmas. Como mencionado anteriormente, o fracionamento dos órgãos judiciais, além de garantir maior celeridade no julgamento dos casos pelo enfrentamento da sobrecarga, possibilita o surgimento de divergência de entendimentos. Mesmo com a transferência da competência para as Turmas, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que compete ao Plenário o julgamento dos embargos de divergência (art. 6º, inc. IV, RISTF)⁶²⁹. A previsão é salutar, tendo em vista a função uniformizadora do recurso de embargos de divergência. Nada adiantaria estabelecer o julgamento dos embargos de

⁶²⁸ O art. 437 do Código de Processo Penal português prevê duas hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, sempre após o trânsito em julgado da decisão: quando o Supremo Tribunal de Justiça profere duas decisões contraditórias sobre a mesma questão jurídica e quando um Tribunal de Relação proferir decisão em oposição com outro do Supremo Tribunal de Justiça ou de outro Tribunal da mesma hierarquia. Além disto, o art. 447 do mesmo Código prevê o cabimento de recurso para fixação de jurisprudência pelo Procurador-Geral da República, chamado de Recurso no Interesse da Unidade do Direito, também após o trânsito em julgado da decisão. Quanto ao requisito da contemporaneidade da legislação, assim dispõe o Supremo Tribunal de Justiça português: “Os acórdãos reputam-se proferidos no domínio da mesma legislação quando, durante o intervalo da sua prolação, não tiver intervindo modificação que interfira, direta ou indiretamente, na resolução da questão controvertida, pois que, tendo ocorrido, não se legitima a intervenção uniformizante do STJ.” (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS. *Acórdão SJ200609270029253*, 27 set. 2006).

⁶²⁹ Sobre a competência para julgamento do recurso perante os Tribunais Superiores, vide ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 1014-1015. Em Portugal, o recurso para fixação de jurisprudência, quando há acórdãos em sentidos diversos, também é julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal de Justiça, órgão máximo do Poder Judiciário local.

divergência por órgão fracionário justamente daqueles mesmos órgãos que originam os entendimentos conflitantes.

Considerando que o art. 927, inc. V, do CPC, de 2015, estabelece que é precedente obrigatório “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” e os embargos de divergência no Supremo Tribunal Federal serem julgados pelo Plenário, a decisão proferida nesses recursos pode formar precedentes vinculantes, mesmo sendo proferidos em casos individuais.

A questão é demasiadamente importante. O Código de Processo Civil, de 2015, ao se preocupar com a manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência, fez com que a previsão de um recurso capaz de sanar a divergência jurisprudencial ganhasse ainda mais relevância. É um contrassenso, no entanto, que haja uniformização do entendimento decorrente de debate perante o Plenário da mais alta Corte do país, e a decisão apenas surta efeito no caso concreto em que foi decidido.

A questão também é controvertida em Portugal, portanto, seu estudo parece-nos pertinente para entendimento da questão. Como expõe Manuel Lopes Mais Gonçalves, esses julgados são denominados de “assentos”, mas sua força externa foi contestada e atualmente não possuem efeito vinculante⁶³⁰. A decisão proferida no recurso extraordinário previsto no art. 437 do Código de Processo Penal português, em que pese ter a função de uniformizar o entendimento perante o Supremo Tribunal de Justiça⁶³¹, só tem força obrigatória ao caso em que foi julgado e, eventualmente, a outros recursos com a mesma questão jurídica que, em razão da multiplicação da discussão, estavam sobrestados, nos termos da parte final do art. 445, n° 1, do mesmo Código.

Os recursos repetitivos já foram objeto deste estudo, no entanto, destaca-se que o sobrestamento em Portugal incide apenas sobre outros recursos extraordinários que visem discutir a mesma divergência jurisprudencial, e decorre da aplicação do princípio geral da proibição da prática de atos inúteis⁶³². Ou seja, a aplicação da tese fixada com o julgamento do recurso uniformizador de jurisprudência não tem efeito vinculante sobre casos que estejam ainda tramitando, pois só serão replicados aos recursos extraordinários,

⁶³⁰ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Op. cit., 2001, p. 828. O autor aponta julgado do Tribunal Constitucional português, de 1996, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil daquele país, que atribuía aos Tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral.

⁶³¹ Nuno Brandão aponta que as decisões do Supremo Tribunal de Justiça português são chamadas de “assentos” na prática, apesar de não constituírem jurisprudência obrigatória como eram os antigos assentos portugueses. (BRANDÃO, Nuno. Op. cit., 2003, p. 1291.

⁶³² GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Op. cit., 2001, p. 834.

enquanto o pressuposto para o cabimento desses recursos é o trânsito em julgado da decisão.

Apesar de não possuírem força obrigatória, constituem “jurisprudência fixada” (art. 445, inc. 3)⁶³³ e, por isso, qualquer decisão divergente daquele entendimento enseja fundamentação qualificada. Ou seja, a decisão que uniformiza a jurisprudência perante o Supremo Tribunal de Justiça Português não pode ser totalmente ignorada pelos órgãos do Poder Judiciário daquele país, sob pena de ausência de motivação, à semelhança da previsão constante no art. 489, § 1º, inc. VI, do Código de Processo Civil brasileiro.

Apesar da diferença existente entre o recurso extraordinário português e os embargos brasileiros de divergência no tocante ao momento de interposição, pois aquele pressupõe o trânsito em julgado da decisão, a função uniformizadora da jurisprudência em razão de divergência em um mesmo Tribunal é semelhante à competência para julgamento.

A ausência de efeito vinculante das decisões proferidas nesses recursos em Portugal é relativa, pois entende-se que o art. 446 do Código de Processo Penal daquele país estabelece que o Ministério Público sempre recorrerá de quaisquer decisões proferidas contra a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça. Ou seja, os juízes não estão vinculados obrigatoriamente às decisões que resolvem o conflito da jurisprudência no recurso extraordinário mas, ao divergirem, devem fundamentar a razão do afastamento do entendimento e disso decorre recurso obrigatório pelo Ministério Público. Como afirma a doutrina portuguesa, a previsão de recurso obrigatório “tem como fundamento a convivência de uniformização da jurisprudência, fazendo intervir o STJ sempre que as decisões dos tribunais inferiores não acatem a jurisprudência fixada por esse alto tribunal”⁶³⁴.

Depreende-se, portanto, que a melhor previsão é a brasileira, pois o efeito vinculante à decisão decorrente dos embargos de divergência uniformiza o entendimento até então conflitante e evita que discussões idênticas sejam levadas novamente ao Plenário do Supremo Tribunal Federal. E, ao fixar o precedente judicial vinculante, encerra com eventual divergência existente nos órgãos judiciais inferiores e garante o tratamento igualitário aos jurisdicionados.

O julgamento dos embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça também podem formar precedentes vinculantes, desde que julgados pela Corte Especial. O

⁶³³ “Art. 445, inc. 3º. A decisão que resolver o conflito não constitui jurisprudência obrigatória para os tribunais judiciais, mas estes devem fundamentar as divergências relativas à jurisprudência fixada naquela decisão.”

⁶³⁴ GONÇALVES, Manuel Maia. Op. cit., 2001, p. 839.

art. 11 do Regimento Interno daquele tribunal, alterado por emenda regimental em 2016, dispõe que a Corte Especial julgará o recurso quando “a divergência for entre Turmas de Seções diversas, entre Seções, entre Turma e Seção que não integre ou entre Turma e Seção com a própria Corte Especial.”

Dessa forma, para que as decisões em embargos de divergência formem precedentes vinculantes, dois requisitos são essenciais: o recurso seja admitido e julgado pelo colegiado (Plenário ou Corte Especial) e a decisão seja devidamente fundamentada.

Sem adentrar na discussão sobre a possibilidade ou não de julgamento de mérito do recurso pelo Relator eventualmente ofender a função precípua do recurso, que é a uniformização da jurisprudência pelo debate colegiado⁶³⁵, não se pode admitir que a decisão monocrática forme precedente vinculante. Não se está a dizer, contudo, que não pode formar precedente, até porque pode adquirir efeito meramente persuasivo, mas tal como prevê o art. 927, inc. V, do CPC, de 2015, será precedente vinculante a orientação do Plenário e Órgão Especial, ou seja, a decisão colegiada. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, as decisões de embargos de divergência não oriundas da Corte Especial são precedentes meramente persuasivos.

Quanto à motivação das decisões que julgam o mérito deste recurso, além da observância do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 e o art. 489, § 1º do CPC, de 2015, entende-se acertado que analisem e tratem todos os argumentos relevantes – favoráveis e desfavoráveis – sobre a tese jurídica⁶³⁶.

A amplitude da análise se justifica porque haverá a escolha de um dos entendimentos existentes ou a adoção de um terceiro ainda diferente⁶³⁷, afastando-se a divergência existente e formando-se precedente vinculante a ser aplicado a partir de sua publicação.

Apesar do efeito vinculante do precedente judicial, não é possível a conversão imediata da tese jurídica fixada nos embargos de divergência em súmula de efeito obrigatório (art. 103-A, CF/88), já que o requisito “reiteradas decisões” não está presente.

⁶³⁵ Como questiona Luiza Silva Rodrigues, “se a função dos embargos de divergência é justamente conferir unidade ao Direito – elidindo a dissidência *interna corporis* e, principalmente, ditando a interpretação que deve prevalecer –, como pode admitir que o recurso seja julgado tão somente por um ministro?” (RODRIGUES, Luiza Silva. Op. cit., 2018, pp. 313-314).

⁶³⁶ Luiza Silva Rodrigues considera que o § 3º do art. 1.038 do CPC, de 2015, que trata do acórdão em julgamento de casos repetitivos, deve ser aplicado aos embargos de divergência. Para a autora, “procedendo dessa forma, os tribunais superiores estarão agindo em consonância com a função que lhes é precípua: diante das várias interpretações possíveis que a lei comporta, definir a que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico e que, portanto, deve prevalecer.” (Id., *ibid.*, p. 339).

⁶³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 475.

Isto não diminui a importância do julgamento ou tem qualquer relevância para posterior aplicação da tese, pois o efeito vinculante da decisão dos embargos de divergência tem previsão legal, como apontado anteriormente⁶³⁸.

4.2.6 Enunciados de súmula vinculante e das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional

O art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015, também estabelece que serão de observância obrigatória os enunciados das súmulas vinculantes (inc. II) e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc. IV).

Da simples leitura dos incisos legais nota-se que há equiparação de todos os enunciados de súmula (vinculantes ou não), pelo menos em relação ao efeito de observância obrigatória, o que, contudo, parece estar equivocado. O legislador, ao igualar os efeitos dos enunciados, desconsiderou, porém, todas as discussões ocorridas para a Emenda Constitucional nº 45/2004, que estabeleceu as súmulas vinculantes e o procedimento diferenciado para a sua aprovação. Como sustenta José Rogério Cruz e Tucci, o legislador perdeu a oportunidade de estabelecer diferenciação entre os enunciados e de regulamentá-los adequadamente, de acordo com as características próprias de cada precedente⁶³⁹.

A análise desses dois incisos legais ao final decorre da diferença existente entre as hipóteses previstas anteriormente e os enunciados das súmulas, vinculantes ou não. Enquanto todos os demais incisos legais do art. 927 do CPC, de 2015, tratam de decisões judiciais proferidas, os enunciados das súmulas refletem o entendimento consolidado do Tribunal, não necessariamente uma decisão proferida em um processo ou incidente específico.

Entende-se que o artigo legal e a aplicação obrigatória dos enunciados, sem qualquer cotejo com o caso concreto, é incongruente com um sistema de precedentes baseado na aplicação de decisões passadas a casos com identidade da hipótese fática e da

⁶³⁸ Araken de Assis traz apontamento interessante de que o art. 122, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê que “poderão ser inscritos na súmula os enunciados correspondentes às decisões firmadas por unanimidade dos membros componentes da Corte Especial ou da Seção, em um caso, por maioria absoluta em pelo menos dois julgamentos concordantes.” Sustenta ainda o autor que “eventualmente, então, do julgamento dos embargos de divergência, ocorrendo unanimidade, resultará enunciado para inscrição na súmula de jurisprudência dominante do STJ.” (ASSIS, Araken. Op. cit., 2017, p. 1020).

⁶³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 453.

questão jurídica. Como já afirmado anteriormente neste estudo, o precedente judicial diferencia-se do enunciado da súmula do Tribunal justamente porque este não é propriamente uma decisão sobre um caso concreto específico, mas um resumo do seu entendimento, feito de maneira condensada.

Em síntese, os enunciados de súmula – mesmo vinculantes – não constituem ou representam os verdadeiros precedentes, mas apenas uma indicação do que foi decidido pelo Tribunal, razão pela qual há sempre indicação das decisões que lhe deram origem. Essas decisões, por sua vez, podem ser precedentes vinculantes, a depender da observância de outros requisitos atrelados à ampla defesa, contraditório, motivação das decisões judiciais, como anteriormente exposto.

Assim, para que os incs. II e IV do art. 927 do CPC, de 2015, representem a adoção de um sistema de precedentes, tal como defendido neste estudo, é imprescindível que a utilização do enunciado da súmula não seja feita indiscriminadamente ou em qualquer caso, mas dependente de um “retorno ao caso que lhe deu origem”⁶⁴⁰.

O fato de o entendimento ser sumulado não representa a aplicação imediata ou irrestrita a todos os casos sobre a mesma questão jurídica. É bem verdade que se defende que não haja simplesmente uma cópia dos institutos da *common law*, mas uma adaptação do *stare decisis* à realidade brasileira. Mesmo assim, a adoção de um sistema de precedentes pressupõe uma mudança na maneira de aplicação das súmulas em relação ao que tem sido feito perante o Poder Judiciário. Não se está, com isso, a defender a extinção do instituto, muito menos a alteração constitucional para mudança sobre o efeito vinculante estabelecido para alguns enunciados pela EC nº 45/2004.

A existência dos enunciados das súmulas, em que pese a ausência de correspondência do instituto no sistema de *common law*⁶⁴¹, faz parte do sistema brasileiro de precedentes⁶⁴² e indica o entendimento reiterado do Tribunal, pois destaca milhares de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, os enunciados são destinados a facilitar o julgamento dos recursos, mas não explicam os motivos da adoção das teses em face de uma determinada situação concreta e

⁶⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. cit., 2018, p. 563.

⁶⁴¹ Neste sentido é o posicionamento de Ravi Peixoto quando afirma que “a forma de aplicação das súmulas no direito brasileiro é um obstáculo à cultura dos precedentes, já que, embora a sua introdução tenha sido inspirada no *stare decisis*, a praxe de sua utilização mais se assemelha aos assentos portugueses.” (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 157).

⁶⁴² Id., *ibid.*, p. 162.

não têm “condições de refletir a racionalidade de argumentação própria a um precedente”⁶⁴³.

Justamente por isto, e para evitar que haja adoção de um sistema de precedentes na teoria – ou de maneira apenas parcial – deve-se discutir a forma de aplicação dos enunciados de acordo com as modificações de paradigmas sobre os precedentes judiciais trazidas pelo Código de Processo Civil, de 2015. Isto para que os enunciados não permaneçam sendo aplicados como se fossem a legislação, de maneira abstrata, totalmente desvinculados das hipóteses fáticas e das características dos casos que lhe deram origem.

Não se nega que os precedentes judiciais são fonte de Direito, como já afirmado anteriormente, mas eles diferem da legislação justamente por estarem intrinsecamente ligados aos fatos do caso concreto posto a julgamento, elemento cuja coincidência é imprescindível para posterior aplicação. Como já sustentado neste estudo, para a correta adoção de um sistema de precedentes judiciais no país, com a adequada aplicação do precedente – ou seu afastamento consistente – é imprescindível a interpretação da decisão considerada precedente, além do cotejo da hipótese fática com a do novo caso concreto. Isto não é possível com os enunciados da súmula, uma vez que são abstratos se considerados isoladamente, sem que os casos que lhe deram origem sejam considerados quando da aplicação da tese aos casos futuros.

Em síntese, é possível constatar que a aplicação dos enunciados de súmula, mesmo vinculantes, depende da coincidência da hipótese fática a ser constatada a partir dos precedentes que os formaram⁶⁴⁴. Não basta, portanto, a identidade da questão jurídica para

⁶⁴³ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 287; STRECK, Lenio Luiz, ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 63.

⁶⁴⁴ Como afirma Marco Antonio Duarte de Azevedo, para aplicar o enunciado da súmula a um novo caso, o juiz deve analisar se a *ratio decidendi* e os pressupostos fáticos são os mesmos. Somente assim “permitirá que a súmula vinculante seja um incremento em efetividade e racionalidade, e não uma camisa de força.” (AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2009, pp. 151-152). O Supremo Tribunal Federal reconhece a necessidade de “aderência estrita” com a hipótese fática da Súmula Vinculante nº 14 para o conhecimento da reclamação constitucional: “há necessidade de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da súmula vinculante invocada para conhecimento da matéria em sede reclamatória.” (STF – 2ª T. – ARgReg nos ED na Rcl 28735 – rel. Min. Dias Toffoli – j. 05/02/2018 – Dje 23/02/2018). E ainda: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE 14. INEXISTÊNCIA. RECLAMANTE QUE NÃO FIGURA COMO INVESTIGADO. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE A SITUAÇÃO FÁTICA E O PARADIGMA APONTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há aderência estrita entre a realidade fática dos autos e a Súmula Vinculante 14, pois, no caso concreto, a autoridade coatora informa que o reclamante, até aquele momento, não figura como investigado no procedimento investigatório. 3. Agravo regimental

aplicação da tese constante no enunciado da súmula, mas é necessária a verificação da coincidência da hipótese fática, tal como ocorre na aplicação das demais decisões listadas no art. 927 do CPC, de 2015.

4.3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS E O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DOS RECURSOS PENAIIS PELO RELATOR

O estudo dos precedentes judiciais no âmbito criminal no Brasil passa, além do julgamento colegiado, pela necessária discussão sobre a possibilidade de julgamento monocrático dos recursos pelo Relator, procedimento não encontrado – pelo menos no âmbito dos Tribunais Superiores – da Itália, Espanha, Portugal e Estados Unidos.

A monocratização dos julgamentos não é fenômeno novo, pois previsto inicialmente na Lei Complementar nº 35/1979, incluído no Regimento Interno de alguns Tribunais e, posteriormente, adaptado e incluído no Código de Processo Civil, de 1973⁶⁴⁵.

Como aponta José Carlos Barbosa Moreira, “o julgamento monocrático, antes característico, entre nós, do primeiro grau de jurisdição, vai-se impondo também nos superiores, em detrimento da colegialidade”⁶⁴⁶.

Estefânia Viveiros afirma que o legislador vem, paulatinamente, prevendo instrumentos processuais para assegurar a observância e o respeito à jurisprudência, tendo ampliado, inclusive, os poderes do Relator para julgamento monocrático de recursos, a exemplo do art. 557 do Código de Processo Civil, de 1973⁶⁴⁷. Trata-se da “singularização

desprovido.” (STF – 2ª T. – AgReg na Rcl 26324 – rel. Min. Edson Fachin – j. 02/10/2018 – Dje 16/10/2018). Disso decorre a conclusão de que para aplicação do enunciado ao caso concreto, exige-se o mesmo.

⁶⁴⁵ Sobre o histórico legislativo, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.756, em matéria de recursos civis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, pp. 320-323; FRANÇOLIN, Wanessa de Cássia. *A ampliação dos poderes do relator nos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 32-35; CARVALHO, Fabiano. *Poderes do relator nos recursos: art. 57 do CPC*. São Paulo: RT, 2008, pp. 13-14; CARNEIRO, Athos Gusmão. Poderes do relator e agravo interno: art. 337, 544 e 545 do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 100, out./dez. 2000, p. 11; FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. A influência da jurisprudência dos tribunais no julgamento realizado na instância revisora. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, nº 67, abr./maio 2006, p. 60; VERA, Larissa. *O aumento dos poderes do relator e o julgamento monocráticos dos recursos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, pp. 62-64.

⁶⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 1999, p. 324. O autor apontava, em 1999, que não seria temerário afirmar que mais dia, menos dia, mantido o rumo das mudanças legislativas, o relator seria investido de poderes para decidir qualquer recurso.

⁶⁴⁷ VIVEIROS, Estefânia. Recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 46. Para Jordão Violin, “a trajetória desse dispositivo sinaliza não apenas o aumento do poder do relator, mas a crescente autoridade conferida aos precedentes pelo direito positivo.” (VIOLIN, Jordão. Julgamento monocrático pelo relator: o artigo 557 do CPC e o reconhecimento dos

do processo”⁶⁴⁸, já que a colegialidade é relativizada em razão da pré-existência de precedente sobre a matéria posta em discussão⁶⁴⁹.

O Código de Processo Civil, de 2015, manteve a singularização e estabeleceu, no seu art. 932, autorização para que o Relator julgue recursos monocraticamente quando, dentre outras hipóteses, houver súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal (alínea *a*); acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (alínea *b*); ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (alínea *c*).

Trata-se, portanto, de possibilidade de julgamento monocrático devido à existência de precedente vinculante, já que todas as hipóteses elencadas nas alíneas legais são decisões com observância obrigatória, conforme previsão do art. 927 do Código de Processo Civil, de 2015.

Ao estabelecer que o Relator possa julgar o recurso monocraticamente, caso haja precedente vinculante sobre a questão impugnada, o dispositivo legal acaba concretizando a adoção de um sistema de precedentes, cria condições para o tratamento isonômico e possibilita a manutenção da estabilidade da jurisprudência⁶⁵⁰. Conforme afirma Bruno Dantas, “é nos poderes do relator que repousa a essência do modelo de maximização da força da jurisprudência”⁶⁵¹.

Com precisão, o Código de Processo Civil, de 2015, extraiu a expressão “jurisprudência dominante” do texto legal como hipótese autorizadora de julgamento

precedentes pelo direito brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, p. 507 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

⁶⁴⁸ Expressão encontrada em ALVIM, José Eduardo Carreira. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, nº 162, ago. 2008, p. 169. Para o autor, a singularização da decisão colegiada surge como tentativa de agilizar a prestação jurisdicional perante os tribunais.

⁶⁴⁹ “No Supremo, escolher o relator é quase definir o resultado. A vasta maioria das decisões do tribunal é tomada pelo próprio relator, sem a participação dos colegas.” (HARTMANN, Daniel Chada. A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 54).

⁶⁵⁰ Neste sentido, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015, p. 1327.

⁶⁵¹ DANTAS, Bruno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 926 a 1072. In: BUENO, Cássio Scarpinella (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 62. Os mesmos autores afirmam que os incs. IV e V do art. 932 do CPC, de 2015, são situações nas quais se realiza os deveres de uniformização da jurisprudência, representando “um dever de potencializar os resultados obtidos por meio de entendimentos sumulados, julgamento de casos repetitivos e assunção de competência.” E, também, ressaltando a importância dos precedentes judiciais, tem-se VIOLIN, Jordão. *Op. cit.*, 2015, p. 507. Também sobre o tema, vide VASCONCELOS, Rita; MUGAYAR, Lúcia. Ampliação das atribuições e poderes do relator no Código de Processo Civil, de 2015. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de Direito Processual Civil*: elas escrevem. Recife: Armador, 2016, pp. 298-299.

monocrático, mantendo apenas os precedentes vinculantes reconhecidos pelo próprio diploma legal⁶⁵². Com isto, superou a discussão existente na vigência do Código de Processo Civil, de 1973, sobre o conceito exato de jurisprudência dominante⁶⁵³, e garantiu importância ainda maior à uniformização da jurisprudência⁶⁵⁴, pois não basta que o entendimento seja majoritário ou dominante, exige-se, para fins de julgamento monocrático do recurso, que seja precedente vinculante.

O legislador, no entanto, deixou de incluir no rol das hipóteses que autorizam o julgamento monocrático, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, inc. I, do CPC, de 2015). A omissão parece ser um equívoco, já que a obrigação de observância dessas decisões é dupla: pela eficácia *erga omnes* e pelo efeito vinculante⁶⁵⁵, questões já tratadas neste estudo. O legislador tampouco incluiu nas hipóteses de julgamento singular as orientações do Plenário ou do Órgão Especial dos Tribunais, em que pese constituírem – pelo menos em tese, como já sustentado anteriormente – precedentes vinculantes. Nesses casos, o julgamento deverá, necessariamente, ser colegiado, independentemente do recurso.

É bem verdade que o Código de Processo Penal silencia sobre a possibilidade de julgamento monocrático dos recursos, tal como estabelecido na legislação processual civil. É certo, contudo, que houve um tratamento legislativo único sobre os recursos especial e extraordinário após a revogação da Lei nº 8.038/90 que, inclusive, estabelecia a possibilidade dessa forma de julgamento perante os Tribunais Superiores quando o recurso contrariasse súmula do tribunal⁶⁵⁶.

Diante do atual tratamento único dos recursos excepcionais pelo CPC, de 2015, entende-se que as disposições sobre as formas de julgamento (colegiada ou monocrática) devem, também, ser aplicadas ao Processo Penal, tal como ocorre com as disposições

⁶⁵² Sobre a remoção da expressão e correção da redação anterior que dispunha sobre “negar seguimento” para “não provimento”, vide VEEA, Larissa. Op. cit., 2014, p. 75.

⁶⁵³ Sobre estas discussões, vide WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. *Revista Gênese*. Curitiba, nº 5, 2000; SATO, Priscila Kei. Jurisprudência (pre)dominante. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: RT, 2000. Conforme aduz Jordão Violin ao comentar o art. 557 do Código de Processo Civil, de 1973, “não é preciso sequer que o precedente tenha sido objeto de súmula”, bastando que configure jurisprudência dominante dos tribunais superiores. (VIOLIN, Jordão. Op. cit., 2015, p. 507 e 509).

⁶⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2016, p. 451.

⁶⁵⁵ Araken de Assis afirma que “nada justifica a exclusão do julgamento singular nesses casos, porque relator e órgão fracionário encontram-se vinculados ao precedente.” (ASSIS, Araken de. Op. cit., 2017, p. 366).

⁶⁵⁶ Eis a redação do art. 38, atualmente revogado pelo CPC/15: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

relativas ao prazo para interposição, requisitos de admissibilidade e processamento do recurso. Além disto, inexistente no Regimento Interno dos Tribunais Superiores, qualquer diferenciação – em razão da matéria – a respeito do processamento dos recursos cíveis e criminais, levando à conclusão da possibilidade de julgamento monocrático daqueles recursos pelo Relator, independentemente da matéria envolvida, desde que haja preenchimento do requisito legal de existência de precedente vinculante (alíneas *a c*, art. 932, do CPC, de 2015) sobre a matéria em discussão.

Outrossim, apresentam-se como justificativas para a aplicação do art. 932, do CPC, de 2015, ao Processo Penal, além do disposto no art. 3º do CPP, o necessário tratamento igualitário das mesmas questões jurídicas e hipóteses fáticas e a duração razoável do processo. A adoção de um sistema de precedentes não significa apenas a fixação de um precedente judicial de maneira adequada, pois isto seria alcançado com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais. A adoção de um sistema de precedentes pressupõe que, além de fixados adequadamente, os precedentes serão aplicados aos demais casos que apresentem a mesma questão jurídica e que se amoldem à hipótese fática, mediante o uso adequado da técnica do *distinguishing*.

Especialmente no Processo Penal – âmbito de discussão sobre a liberdade – não é, contudo, suficiente a aplicação dos precedentes judiciais de maneira tardia. A enorme quantidade de processos judiciais nos Tribunais brasileiros e a demora na inclusão dos recursos nas pautas de julgamento, justificaram a singularização dos julgamentos e as alterações legislativas na década de 1990⁶⁵⁷.

Não por outra razão, entende-se a importância da previsão sobre a possibilidade de julgamento de mérito mediante decisão monocrática como tentativa de concretização da garantia da duração razoável do processo, uma vez que o julgamento é antecipado por dispensar a discussão colegiada quando constatada a existência de precedente vinculante sobre a questão.

Ao estabelecer a adoção séria de um sistema de precedentes, no qual as decisões vinculantes devem realmente ser observadas pelos juízes e tribunais subordinados aos órgãos que os emanaram, tanto o juízo singular quanto o colegiado estão vinculados ao precedente formado. Ou seja: o resultado do julgamento do recurso deve ser o mesmo se

⁶⁵⁷ José Carlos Barbosa Moreira aponta a diminuição da carga de trabalho do colegiado dos Tribunais Superiores como uma das justificativas, além da simplificação do procedimento recursal, para a modificação legislativa e aceitação da monocratização das decisões judiciais. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit., 1999, p. 328).

este for julgado monocraticamente ou pelo colegiado⁶⁵⁸, desde que todas as questões da impugnação sejam objeto de precedentes vinculantes e o cotejo entre os casos, para a aplicação correta do precedente, seja feito com o devido cuidado. O julgamento, porém, ocorrerá mais rapidamente quando for monocrático, justamente pela desnecessidade de inclusão em pauta e reunião dos julgadores em sessão de julgamento público e previamente designado⁶⁵⁹.

Evidentemente que o julgamento monocrático dos recursos deve observar a garantia da motivação das decisões judiciais prevista na Constituição Federal de 1988 e disposta no art. 489 do Código de Processo Civil, de 2015, aplicável, também, ao Processo Penal, como já tratado neste estudo. É inaceitável, portanto, apenas a indicação do precedente vinculante sem qualquer identificação das semelhanças entre os casos ou demonstração sobre a adequação do seu uso neste novo caso a ser decidido monocraticamente. Como já tratado anteriormente, a simples menção a precedente judicial ou enunciado de súmula equivale à ausência de motivação. Deste modo, mesmo diante de um precedente vinculante, há necessidade de realização de cotejo entre os casos e indicação das razões pelas quais os fundamentos determinantes do precedente são aplicáveis⁶⁶⁰.

Além da necessária observância da motivação das decisões judiciais, o contraditório e a ampla defesa têm destaque e não podem ser esquecidos, mesmo quando houver precedente vinculante para embasar o julgamento do recurso. De maneira acertada, o Código de Processo Civil, de 2015, exige contraditório prévio, mediante contrarrazões, para que o Relator dê provimento ao recurso e modifique decisão anterior que contrariou o

⁶⁵⁸ Neste sentido, tem-se o posicionamento de Milton Luiz Pereira ao afirmar que “mesmo assegurada a intervenção do colegiado (art. 545, § 1º, e art. 557, CPC, de 1987), pela viseira do sistema, e valorizados os precedentes, quanto ao recurso especial, está inequívoco que o relator julga. E, julgando, constitui pronunciamento com a mesma força cognitiva e dispositiva do julgado concretizado pelo colegiado. De tal sorte, no âmbito recursal, pelo alargamento da influência dos precedentes, a decisão do relator tem a equivalência do aresto edificado pelo órgão fracionário.” O autor ainda cita, ao final, expressão de Eduardo Couture de que “o tempo no processamento é mais que ouro, é justiça.” (PEREIRA, Milton Luiz. Embargos de divergência contra decisão lavrada pelo relator. *Revista Forense*, v. 99, nº 366, mar./abr. 2003, pp. 377-378).

⁶⁵⁹ Bruno Dantas afirma que “tais técnicas de julgamento, estabelecidas como poderes do relator, constituem-se mecanismos com o escopo de realização, a duração razoável do processo, a efetividade, a isonomia no âmbito do processo nos tribunais.” (DANTAS, Bruno. Op. cit., 2017, p. 62). No mesmo sentido, NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade das decisões dos tribunais: sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, nº 50, nov./dez. 2007, p. 52.

⁶⁶⁰ Para Bruno Dantas, “o dever de fundamentação adequada da decisão monocrática do relator, pois, além de alinhar a sua decisão a uma das hipóteses do art. 932, IV e V, do CPC/2015 – súmula, julgamento de casos repetitivos ou assunção de competência – demonstrará a realização do encaixe entre entendimento jurisprudencial fixado e o objeto julgado por meio do recurso.” (DANTAS, Bruno. Op. cit., 2017, p. 67).

precedente vinculante⁶⁶¹. A providência é salutar para evitar decisões-surpresa, mediante o uso de precedente – mesmo que vinculante – eventualmente não invocado pelas partes, bem como para oportunizar à parte recorrida a apresentação de eventuais distinções que afastem a aplicação do precedente naquele recurso.

Cabe destacar que não se defende a diminuição das espécies de recurso na legislação ou a redução das suas hipóteses de cabimento, tampouco se alega que para julgar um maior número de processos, os Tribunais devam acabar com o colegiado mediante a monocratização total dos julgamentos. O juiz natural dos recursos é – e deve continuar a ser – o órgão colegiado, sendo a decisão monocrática de julgamento apenas um poder concedido ao relator, decorrente de uma política de simplificação do procedimento recursal, na busca pela diminuição da sobrecarga de trabalho dos Tribunais. Seu maior objetivo, porém, deve ser a aplicação mais rápida dos precedentes judiciais vinculantes aos recursos interpostos, deixando as sessões de julgamento colegiadas para o debate sobre questões ainda controvertidas ou casos mais complexos que demandem discussão, seja porque a matéria de Direito ainda não foi objeto de uniformização de entendimento, ou porque o recurso abranja diversas matérias e não haja precedente vinculante sobre todo o conteúdo da impugnação.

Ademais, é importante destacar que a singularização das decisões judiciais não é impositiva ao Relator, mas um poder de exercício facultativo. Como afirma Araken de Assis, que denomina o julgamento monocrático de “procedimento abreviado de julgamento de recursos”, “em lugar de exercer a competência inserida na regra, nada obsta que, adotando atitude mais conservadora, remeta o julgamento do recurso [...] ao órgão fracionário do tribunal”⁶⁶².

Apesar de o art. 932 do Código de Processo Civil não estabelecer diferenciação entre os recursos que tramitam perante os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais⁶⁶³ e aqueles dos Tribunais Superiores para o Processo Civil, considera-se que a sua aplicação ao Processo Penal deva ser restrita aos recursos de matérias de Direito (recursos especial e extraordinário). O Código de Processo Penal estabelece, em seus arts. 610 e 613, que o relator ou o revisor, a depender do caso, pedirão dia para julgamento, ou

⁶⁶¹ Id., *ibid.* p. 67.

⁶⁶² ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, 2017, p. 357.

⁶⁶³ Diferentemente do Processo Civil em que as decisões interlocutórias são impugnáveis pelo recurso de agravo, no Processo Penal essas decisões são – via de regra – irrecorríveis, exceto em algumas hipóteses previstas no art. 581 do CPP, que trata do recurso em sentido estrito. Percebe-se, assim, que a ausência de diferenciação no Código de Processo Civil deve-se à possibilidade de julgamento monocrático daquele perante os Tribunais de Segunda Instância, matéria que foi objeto de discussão da doutrina ainda na vigência do Código de Processo Civil anterior.

seja, data para que haja julgamento colegiado do recurso. Ademais, prevê o art. 615 do Código de Processo Penal que “o tribunal decidirá por maioria de votos”.

Assim, o art. 932 do CPC, de 2015, deve ser lido e aplicado em consonância com o Código de Processo Penal. Enquanto os recursos perante os Tribunais Superiores não encontram previsão específica – pelo menos até o presente momento – há, no Código de Processo Penal, disciplina específica sobre os recursos para Segunda Instância. Percebe-se, assim, que por força de previsão legal, é inadmissível a aplicação do art. 932 do CPC, de 2015, perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais para o julgamento monocrático dos recursos em sentido estrito e das apelações no âmbito criminal⁶⁶⁴.

O afastamento da aplicação do art. 932 do CPC, de 2015, naqueles tribunais de Segunda Instância, também decorre em observância à garantia do duplo grau de jurisdição, que exige o reexame das matérias de fato e de direito, pelo menos por uma vez, perante órgão diverso daquele que proferiu a decisão.

Conforme aduz Ada Pellegrini Grinover, o duplo grau de jurisdição “esgota-se nos recursos cabíveis no âmbito do reexame da decisão, por uma única vez”, não incluindo os recursos aos Tribunais Superiores⁶⁶⁵.

A apelação, como recurso ordinário por excelência⁶⁶⁶, possibilita a reanálise das matérias de fato e de direito em casos individuais⁶⁶⁷. Em consequência, a discussão colegiada do caso, em sessão de julgamento, significa uma decisão judicial mais completa e legítima devido ao debate entre os julgadores e a realização de sustentação oral. O mesmo pode ser dito em relação ao recurso em sentido estrito, pois devolve ao Tribunal a discussão de matéria de fato e de direito, nos limites de acordo com as hipóteses de cabimento previstas nos incisos do art. 581 do CPP.

O julgamento colegiado desses recursos concretiza, portanto, a garantia do duplo grau de jurisdição, tal como exigido pela Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, nº 2, alínea *h*), pois há revisão das matérias de fato e de direito por instância superior, órgão diverso daquele que proferiu a decisão de Primeiro Grau.

⁶⁶⁴ Sobre a aplicação do art. 932 do CPC, de 2015, à apelação cível e aos demais recursos previstos no art. 994 do mesmo diploma legal, vide ASSIS, Araken de. Op. cit., 2017, p. 358.

⁶⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 42, nº 198, abr. 1994, p. 41.

⁶⁶⁶ Expressão utilizada por BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., 2018, p. 243.

⁶⁶⁷ A revisão de fatos e direito em casos individuais também é o objetivo dos recursos de apelação nos Estados Unidos (*appeal*). Neste sentido, tem-se SHAPIRO, Martin. Op. cit., 1980, pp. 632-633. Após o seu julgamento, o recurso cabível é o *writ of certiorari*, em que não há reexame de fatos ou provas. Diferentemente do Brasil, em que há critérios objetivos para a admissão dos recursos especial e extraordinário, a admissão e análise do *writ of certiorari* perante a Suprema Corte depende de uma escolha discricionária dos juízes que a compõe, como já exposto.

Mesmo com a vantagem quanto à duração do processo, o poder de julgamento monocrático dos recursos é limitado pelo princípio da colegialidade, que garante o reexame pelo colegiado das decisões monocráticas derivadas do poder do julgamento singular⁶⁶⁸.

Para Dierle Nunes, somente é “possível a delegação de competência de julgamento do recurso para o relator desde que nessa decisão singular caiba recurso para o colegiado”⁶⁶⁹. A decisão monocrática para julgamento dos recursos é um instrumento para simplificar o procedimento recursal nas hipóteses em que há precedente vinculante sobre o objeto da impugnação. O exercício desse poder pelo Relator, no entanto, não pode impedir que o recurso seja eventualmente analisado pelo colegiado, caso a parte entenda incorreta a decisão monocrática proferida.

Por isto, para autorizar que o recurso seja julgado monocraticamente, exige-se que dessa decisão seja cabível meio de impugnação que remeta a discussão ao órgão colegiado, juiz natural do recurso inicialmente interposto. E isto, no processo penal, somente é possível nos recursos excepcionais, pois inexistente previsão legal de cabimento de qualquer recurso em face de decisões monocráticas proferidas nos recursos em sentido estrito ou de apelação.

É bem verdade que o art. 1.021 do Código de Processo Civil, de 2015, estabelece que caberá recurso de agravo interno em face de decisão monocrática do Relator, mas, como já afirmado anteriormente, é o Código de Processo Penal que disciplina tanto os recursos de apelação como em sentido estrito. Considerando que este diploma legal estabelece que o julgamento daqueles recursos decorrerá de pedido de dia (sessão de julgamento) pelo relator (art. 610 e 613), por maioria de votos (art. 615) e sem previsão de recurso em face de decisão monocrática, está afastada a aplicação do julgamento monocrático nestes casos, bem como o cabimento do agravo interno, por força da taxatividade recursal⁶⁷⁰.

Situação diferente ocorre em relação aos Tribunais Superiores. Primeiro, como já sustentado, a disciplina dos recursos especial e extraordinário é remetida ao Código de Processo Civil, de 2015, em razão da revogação da Lei n° 8.038/90. Depois, porque os

⁶⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit., nov./dez. 2007, p. 50.

⁶⁶⁹ Id., ibid., p. 54.

⁶⁷⁰ Conforme aduz Ada Pellegrini Grinover, “os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo. Isso porque, na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica: a possibilidade de revisão das decisões judiciais há de ser prevista em lei.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., abr. 1994, p. 45).

Regimentos Internos daqueles Tribunais também estabelecem tratamento único, independentemente da matéria cível ou criminal, para o processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, inclusive dispendo expressamente sobre o julgamento monocrático pelos ministros e cabimento do recurso de agravo interno em face dessas decisões.

Conclui-se, portanto, que o julgamento monocrático dos recursos excepcionais não implica em ofensa ao princípio da colegialidade, uma vez que é possível a interposição de recurso de agravo interno quando o Relator, em sua decisão monocrática, aplicar equivocadamente um precedente judicial, remetendo-se ao órgão colegiado a reanálise da questão.

Importante destacar que o julgamento monocrático dos recursos não tem como objetivo a formação do precedente judicial, mas apenas e tão somente a aplicação de precedente já existente a um novo caso posto a julgamento. Trata-se, portanto, de uma forma de julgamento que conjuga a duração razoável do processo, a estabilidade e a coerência da jurisprudência do Tribunal, pois ao aplicar o precedente aos novos casos concretos, mantém-se o que já foi decidido anteriormente, remetendo-se ao colegiado apenas os casos em que há controvérsia sobre a interpretação legal. Com isto, os recursos julgados monocraticamente serão decididos mais rapidamente, enquanto também poderá haver diminuição do tempo de tramitação dos recursos restantes remetidos a julgamento do colegiado⁶⁷¹.

4.4 ANÁLISE DA (IR)RETROATIVIDADE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E POSSIBILIDADE DE USO DA REVISÃO CRIMINAL PELA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A existência de técnica de superação de precedente judicial, como já afirmado anteriormente, é utilizada, inclusive, em países de *common law*, e constitui premissa da adoção de um sistema de precedentes no país, possibilitando a evolução do Direito em decorrência de alterações no âmbito social, econômico, político, dentre outras. Mesmo, porém, que a superação do precedente seja necessária e devidamente justificada, mediante decisão judicial com motivação qualificada e após amplo debate, acarreta consequências no sistema jurídico, pois há substituição de uma *ratio decidendi* por outra⁶⁷².

⁶⁷¹ Não foram encontrados dados precisos sobre a relação do tempo de tramitação dos recursos em razão da possibilidade de outros julgamentos monocráticos.

⁶⁷² Como afirma a doutrina, o “conflito entre entendimentos é importante e necessário à evolução das teses debatidas no Judiciário, mas a mudança de orientações jurisprudenciais consolidadas nos Tribunais

É inegável o papel da jurisprudência na interpretação das leis e na delimitação das condutas delituosas. Com o advento do Código de Processo Civil, em 2015, como já afirmado neste estudo, os precedentes judiciais ganharam ainda maior relevo, especialmente diante da preocupação com a manutenção da estabilidade e coerência da jurisprudência. No âmbito criminal, a tutela da liberdade, a preocupação e a busca pela igualdade e o princípio da legalidade ensejam ainda maior atenção na matéria.

As mudanças de entendimento no âmbito criminal dividem-se em alterações no Direito Material e Processual, sendo a primeira categoria ainda subdividida em alterações em prejuízo ou benefício do acusado. É bem verdade que a mudança de entendimento pode ocorrer em precedentes vinculantes ou persuasivos, mas a (ir)retroatividade do entendimento independe do efeito do precedente alterado.

Quanto ao Processo Penal, sabe-se que devido ao princípio do *tempus regit actum*, as alterações legais têm efeito imediato a partir da sua entrada em vigor, segundo o qual o ato processual deve ser regido pela norma em vigor quando da sua aplicação (art. 2º, CPP). A consequência deve ser a mesma quando a alteração derivar de precedente judicial estritamente sobre Direito Processual. Ou seja, em havendo mudança de entendimento e modificação de precedente judicial sobre matéria unicamente de Direito Processual, o novo posicionamento deve ser aplicado a partir de então, de maneira ultrativa, mesmo que atinja processos cujos fatos são anteriores à formação do novo precedente.

Traz-se como exemplo o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a realização do interrogatório ao final do processo nas ações penais de competência originária da própria Corte. Apesar da existência de legislação especial (Lei nº 8.038/90) que disciplina o procedimento naquelas ações penais e situa o interrogatório como primeiro ato da instrução processual, a alteração no Código de Processo Penal, em 2008, ensejou discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que passou a entender que em razão dos princípios da ampla defesa e do contraditório, o interrogatório deve ser realizado ao final⁶⁷³. Sem adentrar na discussão se o precedente judicial mencionado é persuasivo ou vinculante, uma vez que o efeito do precedente não importa para análise da sua aplicação no tempo, o novo entendimento deve ser aplicado a partir de então em relação ao caso

Superiores deve ser tratada como exceção, para proteger a confiança depositada pelos jurisdicionados e profissionais do direito nas decisões proferidas pelos órgãos máximos do Poder Judiciário.” (MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Aspectos de admissibilidade dos embargos de divergência no âmbito da jurisprudência do STJ. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 729).

⁶⁷³ STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno – AgReg na AP 528 – rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/03/2011 – DJe 08/06/2011 - RT v. 100, n. 910, 2011, pp. 348-354.

concreto a ele vinculado, ou a partir da publicação a outros casos⁶⁷⁴. Não se trata de aplicação retroativa, mas ultrativa e imediata, tal como feito com a legislação escrita nos termos do art. 2º do Código de Processo Civil, visto que se trata de matéria estritamente de Direito Processual⁶⁷⁵.

Situação diferente ocorre em relação aos precedentes de Direito Material (Direito Penal), em razão do princípio da (ir)retroatividade da lei penal. Inexistem dúvidas quanto à vigência e aplicação da irretroatividade da lei penal desfavorável e retroatividade da mais benéfica ao acusado, quando se trata de legislação escrita (Código Penal, leis penais esparsas). Como aponta Mariângela Gama de Magalhães Gomes, o princípio da irretroatividade é voltado precipuamente ao legislador, limitando seu poder e evitando danos aos direitos fundamentais do cidadão⁶⁷⁶.

A discussão, no entanto, ganha outros contornos quando se trata das alterações jurisprudenciais no Direito Penal Material, já que o marco temporal de aplicação das leis escritas é mais facilmente delimitado quando comparado ao entendimento dos Tribunais, pois deriva de julgamento de casos concretos, cujos fatos já ocorreram e os processos estão em tramitação. Mesmo em casos de julgamento de ações de constitucionalidade, já ocorreram anteriormente fatos delituosos que podem ser relacionados com o objeto do julgamento, surgindo a discussão sobre a aplicação do entendimento de Direito Material a esses fatos pretéritos ou não.

⁶⁷⁴ Estabelece-se, neste momento, o marco temporal para aplicação do precedente e sua publicação devido à premissa adotada de necessidade de publicidade das decisões judiciais para formação do precedente. Considerando, no entanto, a possível na elaboração dos acórdãos nos Tribunais Superiores, não se pode excluir a possibilidade de que a aplicação imediata do entendimento decorra da ampla divulgação oficial da decisão – pelo menos o dispositivo – pela própria Corte que a proferiu. Também considera este marco temporal ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 464 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

⁶⁷⁵ Neste sentido, KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 197; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2016, p. 467. René Ariel Dotti, por outro lado, ressalva que a decisão proferida pelo STF sobre a execução provisória das sentenças condenatórias após julgamento em segunda instância tem efeitos ultrativos, mas não retroativos, por isso não deve “alcançar todos os recorrentes que ainda aguardam o desfecho de seus recursos”, com o que não se concorda por duas razões. A aluna não considera que a decisão proferida formou precedente vinculante, uma vez que não houve debate amplo sobre a matéria e publicidade sobre a iminência do julgamento; e tratando-se de decisão unicamente de Direito Processual (execução penal – trânsito em julgado – pendência de recursos aos tribunais superiores), a sua aplicação pode ocorrer de imediato, mesmo que o entendimento seja apenas persuasivo (DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, 2016, jul./ago. 2016, p. 285).

⁶⁷⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 145-146.

A análise da questão deve ser feita de maneira dividida, tal como proposto inicialmente: alterações *in bonam partem* ou *in malam partem*. Sabe-se que com o *overruling* não há modificação ou revogação legislativa, apenas modificação de entendimento perante os Tribunais Superiores que trazem consequências aos processos em curso e àqueles já transitados em julgado.

As alterações jurisprudenciais benéficas ao acusado devem ter o mesmo tratamento concedido à legislação, qual seja, de aplicação imediata e consequente retroatividade⁶⁷⁷. De acordo com Fabiano Cavalcante Pimentel, “tanto a mudança da norma contida na lei, quanto a mudança da *ratio decidendi* extraída do precedente em matéria criminal, sendo mais benéficas ao agente, devem ensejar a aplicação retroativa”⁶⁷⁸. No mesmo sentido, afirma Mariângela Gama de Magalhães Gomes que “assim como se dá quando uma norma penal mais benéfica revoga a anterior, também é possível sustentar a possibilidade de se aplicar a nova interpretação legal mais favorável ao réu e aos fatos a serem julgados, mesmo tendo ocorrido antes da mudança de entendimento”⁶⁷⁹.

A discussão sobre a retroatividade do entendimento jurisprudencial mais benéfico ao acusado conduz à análise da possibilidade de uso da revisão criminal pela alteração de entendimento. O Código de Processo Penal não prevê, dentre as hipóteses de cabimento da revisão criminal, a modificação jurisprudencial, independentemente do efeito (persuasivo ou vinculante) do novo precedente judicial. Situação oposta ao direito português, que prevê a possibilidade de revisão da condenação após a declaração de inconstitucionalidade de norma de conteúdo desfavorável ao acusado (art. 449, n.1, alínea *f* do CPP português)⁶⁸⁰.

Apesar da inexistência de previsão legal a este respeito no Brasil⁶⁸¹, a discussão é encontrada na doutrina e na jurisprudência. O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça é de que a “mudança jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da

⁶⁷⁷ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale*. Uno studio sulla dimensione in action della legalità. 2. ed. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2014, p. 318.

⁶⁷⁸ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015, pp. 230-231. No mesmo sentido, SILVA, Bruno Nova. *A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Salvador, 2013, p. 137, KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, pp. 184/186; LIMA, Renato Brasileiro de Lima. *Manual de Processo Penal*, v. 2015, p. 1105.

⁶⁷⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 154.

⁶⁸⁰ CORREIA, João Conde. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 574.

⁶⁸¹ Mesmo no projeto do novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, não há previsão de cabimento de revisão criminal com base em alteração jurisprudencial. A solução para a questão deveria ser aceitar, tal como fez o novo Código de Processo Civil, de 2015, em relação à ação rescisória, a possibilidade de revisão por violação manifesta à norma jurídica (art. 966, inc. V, CPC, de 2015). Breve comentário sobre isto é encontrado em DOTTI, René Ariel. Op. cit., 2016, p. 258.

condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando à sua aplicação retroativa”⁶⁸².

A doutrina, por sua vez, aponta a possibilidade de extensão das hipóteses de cabimento para abarcar a revisão criminal em decorrência da alteração jurisprudencial benéfica ao acusado. Neste sentido é o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho quando afirmam que “não apenas a lei em sentido estrito (como emanção do Poder Legislativo), mas todo o direito em tese (incluindo, evidentemente, a Constituição), desde que afrontado, justificam a revisão criminal”⁶⁸³.

Fabiano Cavalcante Pimentel considera que o art. 621, inc. I, do Código de Processo Penal, que estabelece as hipóteses de cabimento, deve ser lido de maneira mais ampliativa, abarcando não apenas o texto legal, mas também a norma que se extrai dele por meio da interpretação judicial. Assim, se houver *overruling* e a alteração da *ratio decidendi* for mais benéfica ao acusado, há fundamento para a revisão criminal⁶⁸⁴.

Com a adoção de um sistema de precedentes judiciais no país, o posicionamento da doutrina sobre o cabimento da revisão criminal em razão de alteração jurisprudencial é acertado, pois garante tratamento igualitário – um dos fundamentos do *stare decisis* – a situações fáticas e questões jurídicas semelhantes. Sendo o precedente judicial fonte de Direito e representação da interpretação da lei pelos Tribunais, é inegável que o *overruling*, benéfico ao acusado, deve acarretar consequências jurídicas até mesmo àqueles casos que já transitaram em julgado. Há quem sustente, entretanto, que não se trata de qualquer alteração jurisprudencial, mas apenas a consolidada ou sumulada⁶⁸⁵, ou a pacífica e

⁶⁸² STJ. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. - HC 459896 – rel. Ribeiro Dantas - j. 04/09/2018 – Dje 14/09/2018.

⁶⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. Op. cit., 2011, p. 251.

⁶⁸⁴ PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. Op. cit., 2015, pp. 224-225 e 230-231. No mesmo sentido, QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 102; SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 31, jul./set. 2000, pp. 144-169; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, pp. 155-158, inclusive com exemplos de casos concretos encontrados em alguns tribunais, e a Súmula 166 das Mesas de Processo Penal realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com estes termos: “não infringe o texto expresso de lei a interpretação razoável, ainda que não unânime. Havendo, porém, adoção tranquila da tese contrária, cabível é a revisão criminal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal (Lei nº 7.210, de jul. 1984)*. Mesas de Processo Penal: doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 115.

⁶⁸⁵ Odone Sanguiné, em prefácio de obra sobre revisão criminal, afirma que “é admissível ação revisional pelo condenado pedindo a aplicação da jurisprudência mais benigna, desde que consolidada ou mesmo sumulada.” (SANGUINÉ, Odone. Prefácio. In: LEAL, Saulo Brum; KINZEL, Inez Maria. *Notas sobre revisão criminal*. Doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 10).

relevante⁶⁸⁶. Entende-se que a alteração de entendimento dos Tribunais Superiores, cujos precedentes possuem efeitos meramente persuasivos, ensejam a revisão criminal por ser aplicação benéfica em favor do acusado.

Alberto Cadoppi, ao tratar do Direito italiano, enfatiza em sua obra a inexistência de efeito vinculante às decisões da *Sezioni Unite* da Corte de Cassação daquele país. Ressalta, porém, que a alteração *in bonam partem* do entendimento daquele órgão judicial deve retroagir para beneficiar o acusado⁶⁸⁷. Considerando que compete à *Sezioni Unite* da Corte de Cassação italiana a uniformização de jurisprudência daquele país, função nomofilática correlata exercida pelos Tribunais Superiores brasileiros, a consequência da alteração de entendimento deve ser a mesma.

Destarte, o novo precedente, benéfico ao acusado, deve retroagir justamente para garantir que situações com as mesmas hipóteses fáticas recebam tratamento isonômico. Caso contrário, acusados condenados terão tratamento desigual e mais gravoso em relação aos acusados cujos processos estão em tramitação, o que é inaceitável⁶⁸⁸.

No tocante às alterações de Direito material gravosas ao acusado, a melhor solução é a adotada pela doutrina italiana e argentina, qual seja, de irretroatividade do precedente judicial (ou do entendimento mesmo que não vinculante) em desfavor do acusado⁶⁸⁹. É bem verdade que, como exposto por Odone Sanguiné, a doutrina brasileira não apresenta solução uniforme sobre a (ir)retroatividade, existindo três posicionamentos⁶⁹⁰ a respeito do tema. Em síntese, sem o intuito de esgotar o tema⁶⁹¹, mas apenas para expor o problema, destaca-se que há quem sustente que “proibição de retroatividade somente se refere à lei e não às alterações da jurisprudência dos tribunais”⁶⁹² (posicionamento ortodoxo); possibilidade de invocação pelo acusado do erro de proibição (posicionamento moderado);

⁶⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 1108-1109.

⁶⁸⁷ CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale*. Uno studio sulla dimensione in action della legalità. 2. ed. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2014, pp. 325-328.

⁶⁸⁸ SANGUINÉ, Odone. Op. cit., 1994, p. 10.

⁶⁸⁹ Repectivamente, CADOPPI, Alberto. Op. cit., 2014, pp. 319-320; e GARAY, Alberto F. Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal. *La Ley*, 1993-A, p. 786. Disponível em: <http://www.carriogarabayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/Los-cambios-de-jurisprudencia-constitucional-y-la-aplicacion-retroactiva.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2019.

⁶⁹⁰ A análise pormenorizada das três correntes doutrinárias é feita por SANGUINÉ, Odone. Op. cit., jul./set. 2000, pp. 144-169; SILVA, Bruno Nova. Op. cit., 2013, pp. 129-136.

⁶⁹¹ Uma ressalva é necessária neste momento. O objetivo primordial deste estudo não é a análise dos precedentes judiciais sob a ótica do direito material de criação e delimitação dos tipos penais, objeto do brilhante estudo de GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008. De qualquer sorte, a aluna propõe-se a expor a discussão a respeito da (ir)retroatividade dos precedentes de Direito Material, mesmo que de maneira menos aprofundada.

⁶⁹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal (parte geral)*. Atualiza por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 113-114.

e, por fim, quem aceite a retroatividade do novo precedente penal, mas somente quando favorável ao acusado⁶⁹³, posicionamento minoritário, mas adotado neste estudo.

A adoção de um sistema de precedentes judiciais, especialmente com o reconhecimento de efeito vinculante a algumas decisões, tem como objetivo elevar a observância das garantias individuais, ao passo que ao evitar contrastes na jurisprudência dos Tribunais, busca dar maior certeza à interpretação da legislação, possibilitando o conhecimento integral pelo jurisdicionado, além de um tratamento igualitário de situações iguais e que envolvem a mesma questão jurídica. Ao mesmo tempo, os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da legalidade impõem limites à atuação estatal, uma vez que impõem ao Estado o julgamento do acusado pela legislação penal existente (*nulla poena sine legge*) da época da prática da infração delituosa (irretroatividade *in malam partem*), justamente porque as ações e omissões estavam pautadas pelas normas existentes naquele momento.

Se o *overruling* – em qualquer matéria – não pode afetar a estabilidade, a segurança jurídica e a expectativa do jurisdicionado, no Direito Penal deve ser ainda mais criterioso, sempre com a observância do princípio da legalidade, como sustenta Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁶⁹⁴.

Não é condizente a um sistema garantista impedir que a lei mais gravosa seja aplicada, mas permitir que entendimento judicial mais gravoso seja aceito sob o pretexto que não se trata de lei.

Como anteriormente afirmado, os precedentes judiciais constituem fonte de Direito e a interpretação judicial dada à legislação é indissociável da própria disposição legal⁶⁹⁵. Assim, deve-se estender a irretroatividade mais gravosa também à interpretação judicial⁶⁹⁶. Como afirma Alberto Cadoppi, a alteração jurisprudencial mais gravosa pode danificar o

⁶⁹³ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 109-110; PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. Op. cit., 2015, pp. 230-231; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Op. cit., 2018, pp. 180-186; OLIVEIRA, Eugênio Paccelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 917. Para Paulo Queiroz, a discussão sobre a retroatividade da lei deve ser o mesmo para a jurisprudência, não sendo possível a contrária ao acusado. (QUEIROZ, Paulo. Op. cit., 2011, p. 102).

⁶⁹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008.

⁶⁹⁵ Bruno Nova Silva conclui em seu estudo sobre a (ir)retroatividade de precedentes judiciais que a “dogmática moderna, portanto, reclama uma nova compreensão do princípio da legalidade, de sorte a permitir que sua proteção recaia não somente sobre a lei, mas sobre o Direito, de forma a possibilitar que este princípio fundamental à estruturação de um sistema penal garantista, intrínseco ao Estado Democrático de Direito, continue a cumprir o seu papel limitador do poder punitivo estatal.” (SILVA, Bruno Nova. Op. cit., 2013, p. 152).

⁶⁹⁶ Neste sentido, DOTTI, René Ariel. Op. cit., jul./ago. 2016, pp. 253-254; e ESTELITTA, Heloísa. Princípio da irretroatividade da lei penal e interpretação judicial. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, jul. a dez. 2007, v. 1, n° 10, p. 82. A autora traz discussão alemã sobre o tema, indicando a “insuficiência da proibição de irretroatividade das leis penais dada à importância que adquiriu a atividade judicial na regulação do caso concreto.”

acusado, único destinatário do princípio da legalidade⁶⁹⁷. É inaceitável, portanto, que o precedente judicial prejudicial seja aplicado retroativamente⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ CADOPPI, Alberto. Op. cit., 2014, p. 319.

⁶⁹⁸ Hermes Zanetti Jr. afirma que “sendo a norma matéria fixada no precedente prejudicial ela apenas deverá ser aplicada para o futuro, para os fatos praticados após a sua formação.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2016, p. 465). Igualmente, CADOPPI, Alberto. Op. cit., 2014, p. 319. Para Bruno Nova Silva, “em se tratando de norma que configure tratamento mais gravoso ao réu, o reconhecimento de sua inconstitucionalidade deverá seguir a regra das invalidades, de sorte a gerar efeitos retroativos (*ex tunc*), em atenção ao princípio geral da nulidade da lei inconstitucional.” (SILVA, Bruno Nova. Op., cit., 2013, p.).

CONCLUSÃO

O propósito deste estudo era apresentar a importância da adoção do *stare decisis* no Brasil, bem como estabelecer diretrizes sobre os precedentes judiciais para o Processo Penal brasileiro, de acordo com as balizas legais existentes até o presente momento, oriundas unicamente do Código de Processo Civil, de 2015.

A seguir, são apresentadas algumas breves conclusões sobre as principais questões enfrentadas, sem prejuízo de outras encontradas no decorrer da íntegra do estudo:

- 1) precedente judicial é, para fins deste estudo, uma decisão anterior utilizada como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que trate da aplicação da mesma norma e haja similitude fática;
- 2) apesar das raízes romanas, é fácil constatar a existência de precedentes judiciais – definidos de maneira genérica como decisões passadas utilizadas em casos futuros – também no sistema brasileiro (*civil law*), sendo considerados como fonte de Direito;
- 3) está havendo uma aproximação entre os sistemas de *civil e common law*, com a maior utilização e valorização dos precedentes pelo primeiro sistema e aumento de codificação e leis escritas no segundo sistema;
- 4) a lei escrita, mesmo quando formulado mediante o uso da melhor técnica legislativa, demanda interpretação, atividade própria do Poder Judiciário;
- 5) a existência concomitante de posicionamentos divergentes (contrastes jurisprudenciais) causa insegurança jurídica e aniquila a confiança do jurisdicionado no Poder Judiciário;
- 6) são razões para a adoção de um sistema de precedentes: segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade, duração razoável do processo, igualdade, superlativa no âmbito criminal;
- 7) a manutenção da estabilidade e coerência dos entendimentos dos Tribunais é demasiadamente importante, especialmente no âmbito criminal, em razão da tutela da liberdade e dos princípios da legalidade e da igualdade, eis que uma norma deve ter apenas um significado para pautar as ações e omissões dos indivíduos;
- 8) a uniformidade na aplicação do Direito é um valor fundamental para os ordenamentos jurídicos, sendo o caminho para a certeza sobre o conteúdo da lei e a melhor forma

com que casos com as mesmas situações fáticas e questões jurídicas tenham soluções iguais, ou seja, tratamento igualitário;

- 9) a motivação das decisões judiciais, além de garantia contra o arbítrio estatal, tem enorme importância na formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais, pois apenas com a exposição das razões de decidir é possível a utilização das decisões em casos futuros e eventualmente realizar a superação do entendimento;
- 10) a *ratio decidendi* corresponde às razões essenciais para decidir os fundamentos determinantes, a tese jurídica utilizada para solucionar o caso concreto. Trata-se de elemento essencial do precedente judicial, contido na motivação judicial com o *obiter dictum*, e constitui a única parte que pode adquirir efeito vinculante;
- 11) o Código de Processo Civil, de 2015, preocupou-se em estabelecer, além da adoção de um sistema de precedentes, hipóteses de que as decisões judiciais serão consideradas como não motivadas (art. 489, § 1º). Duas dessas hipóteses têm relação direta com os precedentes judiciais (incs. V e VI): quando a decisão judicial se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente judicial sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e quando a decisão deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente judicial invocado pela parte. As disposições legais têm o objetivo de evitar a simulação de motivação ou a simples transcrição dos julgados sem qualquer apontamento relacionado com o caso posto a julgamento;
- 12) ainda que haja precedente vinculante sobre determinada questão jurídica, a sua aplicação depende da constatação de que as hipóteses fáticas dos casos são semelhantes e que inexistem peculiaridades relevantes que justifiquem o afastamento do precedente;
- 13) a comparação dos casos é obrigatória para aplicação do precedente judicial e garante, na prática, a igualdade de tratamento do jurisdicionado;
- 14) a técnica do *distinguishing* é oriunda da *common law* e corresponde ao afastamento e não aplicação do precedente judicial nos casos em que não há similitude fática ou das questões jurídicas. Trata-se de distinção feita pelo magistrado;
- 15) mesmo nos países de *common law* com estrita observância aos precedentes judiciais, inclusive como principal fonte do Direito, a superação do entendimento dos Tribunais é possível. A técnica é denominada de *overruling* e garante que o Direito não seja estático e evolua. Apesar da aceitação da superação do precedente judicial, a alteração

- não deve ser constante, mas apenas após modificações relevantes no âmbito social, político ou econômico;
- 16) os deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização da jurisprudência exigidos pelo art. 926 do Código de Processo Civil de 2015 ao processo civil devem ser transportados ao Processo Penal de maneira ainda mais rigorosa devido à tutela da liberdade e necessário tratamento igualitário do jurisdicionado, pois as normas neste seara devem ter apenas um significado;
 - 17) para a legítima formação de precedentes judiciais vinculantes é imprescindível não apenas o contraditório efetivo entre as partes com o acusado devidamente representado por advogado, mas também a possibilidade de contraditório amplo com a sociedade, seja individualmente, por meio dos terceiros interessados atingidos pelo precedente judicial, ou coletivamente, por meio dos *amici curiae* ou em audiências públicas em que são discutidos os temas;
 - 18) isto não significa dizer que apenas formarão precedentes os casos em que haja a intervenção de pessoas além das partes, ou a realização das audiências públicas, pois o requisito exigido não é a efetiva atuação dos terceiros, mas a concessão da oportunidade de intervenção;
 - 19) os precedentes judiciais também pressupõem a observância do princípio da publicidade, seja pela ausência de sigilo nos autos – ou em parte dos autos – em que está se discutindo a tese jurídica e que poderá formar o precedente vincula, seja pela divulgação da afetação aos casos ao plenário ou órgão especial dos tribunais ou da instauração dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência ou ainda pela divulgação dos precedentes vinculantes formados ou superados pelos tribunais;
 - 20) são precedentes judiciais de observância obrigatória no Processo Penal, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e as decisões proferidas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, além das proferidas nos Recursos Especial e Extraordinário repetitivos;
 - 21) o procedimento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência e recursos repetitivos no âmbito criminal é integralmente remetido ao Código de Processo Civil, de 2015, tendo em vista a ausência completa de previsão

legal sobre o tema na legislação processual penal. Salvo as disposições sobre a suspensão obrigatória dos casos sobre a mesma questão jurídica quando da admissão do IRDR, todas as demais disposições são aplicadas ao Processo Penal;

- 22) ainda serão de observância obrigatória as orientações do plenário ou do órgão especial dos Tribunais aos quais os juízes estiverem vinculados. Este inciso legal (art. 927, V, CPC/15) é o que apresenta maiores diferenças em relação ao Processo Civil, uma vez que a competência do plenário do Supremo Tribunal Federal e da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça abarcam hipóteses diferenciadas – e mais amplas – no Processo Penal;
- 23) há previsão regimental de afetação de casos individuais (recursos extraordinários ou especiais, *habeas corpus*, mandado de segurança e recursos em *habeas corpus*) ao plenário do Supremo Tribunal Federal e Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, mas a formação de precedentes judiciais vinculantes nestes casos exige, além da observância da motivação das decisões judiciais, do contraditório entre as partes e publicidade dos atos judiciais, o amplo debate com a possibilidade de participação de terceiros (*amici curiae*);
- 24) outros casos individuais julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (revisões criminais, reclamações constitucionais, ações penais originárias ou quaisquer outras além deste rol), de igual forma, só formarão precedentes vinculantes, com aplicação da tese jurídica a terceiros, se houver o amplo debate com a possibilidade de participação de *amici curiae*;
- 25) é importante destacar que não se está a defender que apenas os casos em que há intervenção de *amicus curiae* formam precedentes vinculantes. O critério não é a efetiva intervenção, mas a concessão de oportunidade para ingresso e manifestação;
- 26) o recurso de embargos de divergência tem como função principal a uniformização da jurisprudência interna dos Tribunais, evitando os contrastes de entendimento entre os órgãos fracionário. Muito mais que a simples formação de um precedente vinculante, o recurso representa o mais fiel retrato da função nomofilática do Tribunal, com propósito maior que apenas decidir o caso concreto. A divergência pode ser de direito processual ou material, dentro de um mesmo Tribunal, mas deve ser atual, sob pena de não conhecimento do recurso, uma vez que posicionamentos ultrapassados não geram desgaste à segurança jurídica ou à confiança no Poder Judiciário;

- 27) o precedente judicial diferencia-se do enunciado da súmula do Tribunal justamente porque este não é propriamente uma decisão sobre um caso concreto específico, mas um resumo do seu entendimento, feito de maneira condensada. Por isto, em síntese, os enunciados de súmula – mesmo vinculantes – não constituem ou representam os verdadeiros precedentes, mas apenas uma indicação do que foi decidido pelo Tribunal, razão pela qual há sempre indicação das decisões que lhe deram origem. Essas decisões, por sua vez, podem ser precedentes vinculantes, a depender da observância de outros requisitos atrelados à ampla defesa, contraditório, motivação das decisões judiciais;
- 28) a adoção de um sistema de precedentes pressupõe uma mudança na maneira de aplicação das súmulas em relação ao que tem sido feito perante o Poder Judiciário. Não se está, com isso, a defender a extinção do instituto, muito menos a alteração constitucional para mudança sobre o efeito vinculante estabelecido para alguns enunciados pela EC nº 45/2004, mas é imprescindível que se retorne aos casos que deram origem para verificação se há coincidência da hipótese fática e realmente identidade da questão jurídica;
- 29) a existência de precedentes vinculantes autoriza o julgamento monocrático dos recursos especial e extraordinário pelo relator perante os Tribunais Superiores. Trata-se de mecanismo de julgamento oriundo do Processo Civil, criado para aceleração da tramitação perante aqueles tribunais. No Processo Penal a sua aplicação é restrita àqueles recursos, e justifica-se pelo necessário tratamento igualitário das mesmas questões jurídicas e hipóteses fáticas e a duração razoável do processo;
- 30) a adoção de um sistema de precedentes não significa apenas a fixação de um precedente judicial de maneira adequada, pois isto seria alcançado com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação das decisões judiciais. A adoção de um sistema de precedentes pressupõe que, além de fixados adequadamente, os precedentes serão aplicados aos demais casos que apresentem a mesma questão jurídica e que se amoldem à hipótese fática, mediante o uso adequado da técnica do *distinguishing*;
- 31) as mudanças de entendimento no âmbito criminal dividem-se em alterações no Direito Material e Processual, sendo a primeira categoria ainda subdividida em alterações em prejuízo ou benefício do acusado. As alterações nos precedentes de Direito Processual Penal, em razão do princípio do *tempus regit actum*, têm efeito imediato, segundo o

qual o ato processual deve ser regido pela norma em vigor quando da sua aplicação (art. 2º, CPP), tal como ocorre com a lei escrita;

- 32) situação diferenciada ocorre em relação aos precedentes de Direito Material (Direito Penal), em razão do princípio da (ir)retroatividade da lei penal. As alterações jurisprudenciais benéficas ao acusado devem ter o mesmo tratamento concedido à legislação, qual seja, de aplicação imediata e consequente retroatividade, inclusive com a possibilidade de revisão criminal por interpretação extensiva do art. 621, inc. I, do Código de Processo Penal;
- 33) as alterações de Direito Material gravosas ao acusado, entende-se que a melhor solução é a adotada pela doutrina italiana e argentina, qual seja, de irretroatividade do precedente judicial (ou do entendimento mesmo que não vinculante) em desfavor do acusado, em equivalência ao que ocorre com a lei mais gravosa;
- 34) A adoção de um sistema de precedentes judiciais, especialmente com o reconhecimento de efeito vinculante a algumas decisões, tem como objetivo elevar a observância das garantias individuais, ao passo que ao evitar contrastes na jurisprudência dos Tribunais, busca dar maior certeza à interpretação da legislação, possibilitando o conhecimento integral pelo jurisdicionado, além de um tratamento igualitário de situações iguais e que envolvem a mesma questão jurídica. Ao mesmo tempo, os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da legalidade impõem limites à atuação estatal, uma vez que impõem ao Estado o julgamento do acusado pela legislação penal existente (*nulla poena sine legge*) da época da prática da infração delituosa (irretroatividade *in malam partem*), justamente porque as ações e omissões estavam pautadas pelas normas existentes naquele momento;
- 35) o estabelecimento de um rol de precedentes judiciais vinculantes no Processo Penal não significa que as decisões proferidas em hipóteses diferentes daquelas acima tratadas, ou pelos órgãos fracionários dos tribunais, devam ser ignoradas ou desconsideradas pelos juízes e tribunais inferiores, até porque representam uma orientação da jurisprudência;
- 36) mas os juízes, em qualquer instância ou Tribunal, não estão obrigados a seguir os precedentes com força persuasiva, podendo fazê-lo se estiverem convencidos da sua correção, por respeito às autoridades que o proferiram ou à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. *Revista de Processo*, v. 240, fev. 2015.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Reforma do Judiciário e efetividade de prestação jurisdicional. In: TAVARES, André Ramos (Org.). *Reforma do judiciário*. Analisada e comentada. Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Método, 2005.

ALEXY, Robert. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: McCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira de Cláudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

ALMEIDA, Mariana Pacheco Rodrigues. O incidente de assunção de competência no microsistema de formação de precedentes obrigatórios. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Recife: Armador, 2016.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 253, mar. 2016.

ALVIM, Arruda. O projeto de novo CPC e os recursos excepcionais. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo Direito Processual Civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica. *Revista de Processo*, v. 35, nº 186, ago. 2010, pp. 299-312.

ANDREWS, Neil. *Palestra sobre precedentes judiciais*. São Paulo: Associação de Advogados de São Paulo (apresentação oral). São Paulo, ago. 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A reclamação constitucional e os precedentes vinculantes: o controle da hierarquização interpretativa no âmbito local. *Revista de Processo – RePro*, nº 252, fev. 2016.

ARMELIN, Donaldo. Uma visão da crise atual do Poder Judiciário. *Repro*, nº 137, jul. 2006.

ARRUDA ALVIM, Angélica et al. (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do Direito no sistema do *common law*. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, v. 1, out. 2010.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 9. ed. São Paulo: RT, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação *per relationem*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 38, abr./jun. 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2018.

BARBOSA, Leonardo Mateus Negreiros. Incidente de resolução de demandas repetitivas: a competência para julgar a causa paradigma após a fixação da tese jurídica. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano IV, v. 16, 4º trim. 1978.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de Direito Processual*, sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de Direito Processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, nº 186, ago. 2010.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BECKER, Rodrigo; TRIGUEIRO, Victor. *O novo incidente de assunção de competência e o STJ*. Um julgamento mais democrático. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/o-novo-incidente-de-assuncao-de-competencia-e-o-stj-15122016>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no Processo Penal Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 262 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 246, set/dez 2007.

BODART, Bruno Vinícius da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Direito em

expectativa (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no IRDR, no RE e RESP repetitivos: suíte em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC*. Em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº 13.256, de 04/02/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa de precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, p. 295 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982.

CABRAL, Antonio do Passo. Estabilidade e alteração de jurisprudência consolidada: proteção da confiança e a técnica do julgamento-alerta. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos coletivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, v. 10, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale*. Uno studio sulla dimensione in action della legalità. 2. ed. Torino, Itália: G. Giappichelli, 2014.

CAFFERATA NORES, José I. et al. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Buenos Aires: Advocatus, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, nº 4, v. 46, abr. 1994.

CARDOSO, Oscar Valente. A falta de fundamentação por inobservância de precedente no NCPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CARREIRA ALVIM, J.E. Recursos Especiais Repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os tribunais. *Revista de Processo*, nº 162, ago. 2008.

COHEN-TANUGUI, Laurent. *Case law in a legal system without binding precedent: the french example*. Stanford Law School. China Guiding Cases Project, Commentaries nº 17, 2016. Disponível em: <<http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/17-LaurentCohen-Tanugi>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

COMOGLIO, Luigi Paolo; ZAGREBELSKY, Valdimiro. Modelo acusatorio e deontologia dei comportamenti processual nella prospettiva compararística. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1993, v. II.

CORREIA, João Conde. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Apitz Barbera e outros x Venezuela*. Sentença de 5 de agosto de 2008, capítulo 5, item 77.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação no novo CPC – fim das limitações impostas pelos Tribunais Superiores ao cabimento? *Revista de Processo*, nº 244, jun. 2015.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A reclamação para os Tribunais Superiores e o novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *Revista de Processo – RePro*, nº 257, jul. 2016.

COSTA, Marília Siqueira da. *Superação do precedente judicial e o princípio da confiança*. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz. *A motivação da sentença no processo civil*. Tese (Livre-docência) – São Paulo, 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 24, nº 78, set. 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC (análise e proposta). *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. São Paulo: RT, v. 6, 2011, p. 412.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: COSTA, José Augusto; ANDRADE, José Maria Andrade. *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015, pp. 445-446 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 193, mar. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no NCPC: há mesmo o dever de responder todos os argumentos das partes? Breve análise do art. 489, § 1º, IV do NCPC. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do art. 489. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, pp. 291-292.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 15. ed. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do Regimento Interno do Tribunal. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, v. 10, 2016.

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, 2016, jul./ago. 2016.

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

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciados aprovados*. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ESTELITTA, Heloisa. Princípio da irretroatividade da lei penal e interpretação judicial. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, jul. a dez. 2007, v. 1, nº 10.

FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Incidente de assunção de competência: caracterização do instituto e sua aplicação no STJ. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

FERNANDES, Marília Costa Barbosa. *Incidente de Assunção de Competência: caracterização do instituto e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,incidente-de-assunção-de-competencia-caracterizacao-do-instituto-e-sua-aplicacao-no-superior-tribunal-de-justi,590263.html#_ftnref25>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Os reflexos da vinculação aos precedentes, prevista no Código de Processo Civil de 2015, no processo penal. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil: elas escrevem*. Recife: Armador, 2016.

FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. *Enunciados*. Disponível em: <<https://alice.jusbrasil.com.br/noticias/241278799/enunciados-do-forum-permanente-de-processualistas-civis-carta-de-vitoria>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal (parte geral)*. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974.

FREIRE, Alexandre. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017.

GALINDO, Beatriz Magalhães. O precedente decorrente do julgamento de recursos repetitivos pode ser considerado de obrigatoriedade em sentido forte? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHLBACH, Marcela. *Recursos no CPC/15. Perspectivas, críticas e desafios*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GALIO, Morgana Henicka. O procedimento para superação de direito jurisprudencial a partir do novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC. De acordo com a Lei nº 13.256/2016*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal. *Revista dos Tribunais*, ano 105, nº 971, set. 2016.

- GARAY, Alberto F. Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal. *La Ley*, 1993-A, p. 786. Disponível em: <http://www.carriogarayabogados.com.ar/wp-content/uploads/2016/pdf/alberto_garay/Los-cambios-de-jurisprudencia-constitucional-y-la-aplicacion-retroactiva.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- GARNER, Byran A. et al. *The law judicial precedente*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado*. São Paulo: RT, 1995.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES, Mariângela Gala de Magalhães. *Direito Penal e Direitos Humanos: análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Tese (concurso público ao cargo de professor titular para o Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) – Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.
- GOMES TOSTES, Natacha Nascimento. Uniformização de jurisprudência. *Repro*, nº 104, out.-dez. 2001.
- GONÇALVES, Manuel Maia. *Código de Processo Penal anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. In: BASTOS, Marcelo Lessa; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas Tendências do Direito Processual* (De acordo com a Constituição de 1988). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Um enfoque constitucional da teoria geral dos recursos. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 42, nº 198, abr. 1994.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante (Coords.). *Execução penal (Lei nº 7.210, de jul. 1984)*. Mesas de Processo Penal: doutrina, jurisprudência e súmulas. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUIMARÃES, Amanda de Araújo. Incidente de resolução de demandas repetitivas: soluções e limites. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Elaboração de ementas jurisprudenciais*. Brasília: CEJ, 2004.

GUNNAR, Beck. *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*. London: Hart Publishing, 2012.

HARRIS, J. W. Towards principles of overruling – when should a final court of appeal second guess? *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 10, n° 2, 1990.

HARTMANN, Daniel Chada. A distribuição de processos no Supremo é realmente aleatória? In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Orgs.). *Onze supremos*. O Supremo em 2016. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

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

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: RT, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. Trad. Tereza Celina de Arruda Alvim. *Revista de Processo*, v. 8, n° 29, jan./mar. 1983.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, v. 2, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. Salvador: JusPodivm, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Segurança jurídica no novo CPC. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei n° 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997.

MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Felipe Meneghello. *A possibilidade de extinção das execuções pela imobilidade do credor*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-21/felipe-meneghello-extincao-execucoes-imobilidade-credor>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía. Considerações acerca da natureza jurídica da reclamação constitucional. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*, v. 10, ago. 2015.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes*. São Paulo: RT, 2015.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. Recursos nos Tribunais Superiores. *Estudos de Processo Penal*. São Paulo: Scortecci, 2011.

MARANHÃO, Clayton. Perspectivas da litigiosidade com o novo CPC: análise crítica a partir de um clássico estudo de Michele Taruffo. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos Tribunais Superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. Novo CPC e fundamentação sentencial exaustiva: breves pincelas críticas. *Revista LTr Legislação do Trabalho*, ano 79, nº 5, maio 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. São Paulo: RT, nº 858, abr./2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARONINI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2017.

MARQUES, Mauro Luiz Campbell. Aspectos de admissibilidade dos embargos de divergência no âmbito da jurisprudência do STJ. In: GALOTTI, Isabel et al. *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

MASI, Carlos Velho. *Influências do Novo CPC no Processo Penal*. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/influencias-do-novo-cpc-no-processo-penal/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MEIRELES, Edilton. Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, v. 10, 2016.

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

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da Resolução 8/2008, do STJ. *Revista de Processo*, n° 163, set. 2008.

MENDES, Aluísio Goncalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Precedent in Spain*. In: McCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. O precedente qualificado no processo civil brasileiro. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Panorama atual do novo CPC*. De acordo com a Lei n° 13.256/2016. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MORAL, Antonio Torres del. El Tribunal Constitucional español en negativo. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010.

MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/15 e o dever e manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2013.

NOLASCO, Rita Dias; CAHALI, Cláudia Elisabete Schwerz. Cabimento, admissibilidade, extensão do sobrestamento dos processos e da tese jurídica fixada – no incidente de resolução de demandas repetitivas. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. *Novo CPC: fundamentar decisões judiciais com amplitude e profundidade é cada vez mais necessário*. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/23/fundamentar-decisoes-judiciais-com-amplitude-e-profundidade-e-cada-vez-mais-necessario/>>. Acesso em: 7 nov. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade das decisões dos tribunais: sua visualização como princípio constitucional e do cabimento de interposição de agravo interno de todas as decisões monocráticas do relator. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 9, n° 50, nov./dez. 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformidade*. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEIXOTO, Ravi; ROCHA, Roberval; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Enunciados FPPC*. Fórum Permanente de Processualistas Civis. São Paulo: Juspodvim, 2017.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Há possibilidade de utilização do incidente de assunção de competência quando houver repetição de demandas a respeito de uma mesma relevante questão de direito? In: GALINDO, Beatriz Magalhães; KOHBACH, Marcela (Coords.) *Recursos no CPC/15*. Perspectivas, críticas e desafios. Salvador: JusPodivm, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 489, § 1º, incs. V e VI do CPC de 2015: justificação da decisão judicial e o argumento por precedente. In: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *O dever de fundamentação no Novo CPC*. Análises em torno do art. 489. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014.

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015.

- PINHEIRO, Rodrigo Gomes de Mendonça; FONSÊCA, Vitor. A fundamentação *per relationem* e o CPC/15. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2017, p. 126.
- POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, § 1º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 273, nov. 2017.
- PRATS, Eduardo Jorge. El control de constitucionalidad en República Dominicana. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010.
- PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*. São Paulo: RT, 2016.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RODRIGUES NETTO, Nelson. Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos). *Revista de Processo*, n. 163, set. 2008.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- SAGNOTTI, Simona Carlotta. Il contraddittorio. *Processo Penale e Costituzione*. Giuffrè, 2010.
- SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- SALDAÑA, Jaime Vintimilla. La justicia constitucional ecuatoriada en la Constitución de 2008. In: BAZÁN, Víctor (Coord.). *Derecho procesal constitucional americano y europeo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, tomo I, 2010.
- SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC).
- SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 31, jul./set. 2000.
- SANGUINÉ, Odone. Prefácio. In: LEAL, Saulo Brum; KINZEL, Inez Maria. *Notas sobre revisão criminal*. Doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

SANTOS, Rayssa Cristina Santiago dos. Incidente de resolução de demandas repetitivas à luz do acesso à Justiça. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. A legitimação pela fundamentação: anotação ao art. 489, § 1º e § 2º, do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 255, maio 2016, p. 25.

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

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

SCHLÜCHTER, Ellen. *Compendio di procedura penale tedesca*. Trad. de Stefano Giuliani. 2. ed. Milão: CEDAM, 1998.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

SEDLACEK, Federico D. Micelâneas argentinas del precedente judicial, y su relación con el Nuevo CPC de Brasil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

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

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

SILVA, Julia Maria Araruna da; BATISTA, Tales Luís de Oliveira. O incidente de assunção de competência como a efetivação da segurança jurídica no processo civil. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (Coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Reforma da Justiça* (notas à Emenda Constitucional nº 45, de 6 de dezembro de 2004). Niterói: Impetus, 2005.

SOARES, Marcos José Porto. *Do Incidente de Assunção de Competência segundo o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://marcosjps.jusbrasil.com.br/artigos/296243608/do-incidente-de-assunção-de-competencia-segundo-o-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. – AgReg na Rcl 28903 – rel. para acórdão Min. Dias Toffoli – j. 23/03/2018 DJe 21/06/2018

STF. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. – AgReg na Rcl 25214 – rel. Min. Ricardo Lewandowski – j. 09/03/2018 – DJe 21/03/2018

STF. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. – ARgReg nos ED na Rcl 28735 – rel. Min. Dias Toffoli – j. 05/02/2018 – DJe 23/02/2018

STF. Supremo Tribunal Federal. 2ª T. – AgReg na Rcl 26324 – rel. Min. Edson Fachin – j. 02/10/2018 – DJe 16/10/2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno – ARE 1047578 ED-AgR-ED-EDv-AgR – rel. Celso de Mello – j. 30/11/2018 – DJe 13/12/2018

STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno – ARE 1035798 ED-AgR-ED-EDv-AgR – rel. Ricardo Lewandowski – j. 30/11/2018 – DJe 06/12/2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno – AgReg na AP 528 – rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24/03/2011 – DJe 08/06/2011 - RT v. 100, n. 910, 2011.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. – AgInt no AREsp 942.940-RJ – rel. Herman Benjamin – j. 15/8/2017 – DJe 12/9/2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção – REsp 911802 – rel. Min. José Delgado – j. 24/10/2007 – DJe 01/09/2008 – RSSTJ, v. 31, p. 166 – trecho do voto-vista do min. Herman Benjamin.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. – AgRg no AREsp 1065642 – rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca – j. 25/04/2017 – DJe 03/05/2017.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. – AgRg no REsp 1717005 – rel. min. Jorge Mussi – j. 04/09/2018 – DJe 12/09/2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça – 6ª T. – AgRg em HC 353.049 – j. 24.05.2016 – rel. Néfi Cordeiro – DJe 06.06.2016.

STJ. Superior Tribunal de Justiça – Decisão monocrática – AgInt em HC 070939 – j. 17.06.2016 – rel. Rogério Schietti Cruz, DJe 23.06.2016.

STJ. Superior Tribunal de Justiça – 5ª T. – AgRg nos EDcl no RHC 92177 – j. 18/10/2018 – rel. Felix Fischer – DJe 30/10/2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça – 6ª T. – HC 431644 – j. 10/04/2018 – rel. Rogério Schietti Cruz – DJe 25/10/2018.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. 5ª T. - HC 459896 – rel. Ribeiro Dantas - j. 04/09/2018 – DJe 14/09/2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que commonlistas brasileiros querem proibir juizes de interpretar?* Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpre tar](http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpre-tar)>. Acesso em: 02 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça*. Comentários completos à Emenda Constitucional nº 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante*. Estudos e comentários à Lei nº 11.417, de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

TAVARES JÚNIOR, Homero Francisco. Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei nº 11.672/2008 e da Resolução nº 8/2008 do STJ. *Revista de Processo*, nº 166, dez. 2008.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodium, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC. Lei nº 13.105, de 16.03.2015. Fundamentos e sistematização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2016.

TJAC. Tribunal de Justiça do Acre. Pleno – IRDR 1000892-29.2016.8.01.0000 – rel. Laudivon Nogueira – j. 28/09/2016 – Dje 10/10/2016.

TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000.

TOFFOLI, Vitor. Recursos especiais repetitivos: critérios de seleção dos recursos paradigmas. *Revista de Processo*, nº 197, jul. 2011.

TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*. 11. ed. Milão: Giuffrè, 2010.

TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em Processo Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 470 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: McCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.; GOODHART, Arthur L. *Interpreting precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 1997.

VIVEIROS, Estefânia. Recurso especial no incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: CUNHA, J. S. Fagundes. *O Direito nos tribunais superiores: com ênfase no novo direito processual civil*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. Salvador: JusPodivm, v. 3, 2015 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre o novo art. 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito. *Revista de Processo*, nº 159, maio 2008.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro*. Mecanismos de objetivação do processo. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no Processo Penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogerio. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016 (Coleção Repercussões do Novo CPC).

Sites visitados

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>>.

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>.

<<https://www.conjur.com.br/dl/ anteprojeto-cpc-parte1.pdf>>.

<https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/secao-criminal-apreciara-questao-inedita/18319>.