

BRENNO GIMENES CESCA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

a abreviação da via recursal
ordinária como critério
classificatório de sua
força vinculante



Atena
Editora
Ano 2023

BRENNO GIMENES CESCA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

a abreviação da via recursal
ordinária como critério
classificatório de sua
força vinculante



Atena
Editora
Ano 2023

Editora chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Editora executiva

Natalia Oliveira

Assistente editorial

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto gráfico

Camila Alves de Cremo

Ellen Andressa Kubisty

Luiza Alves Batista

Nataly Evilin Gayde

Imagens da capa

iStock

Edição de arte

Luiza Alves Batista

2023 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2023 Os autores

Copyright da edição © 2023 Atena

Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena

Editora



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo do texto e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva do autor, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos ao autor, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
 Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade de Coimbra
 Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
 Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
 Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
 Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Caroline Mari de Oliveira Galina – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
 Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
 Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
 Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
 Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
 Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
 Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
 Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
 Profª Drª Geuciane Felipe Guerim Fernandes – Universidade Estadual de Londrina
 Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
 Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
 Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco
 Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
 Prof. Dr. Jodeyson Islony de Lima Sobrinho – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
 Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
 Profª Drª Juliana Abonizio – Universidade Federal de Mato Grosso
 Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
 Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
 Profª Drª Kátia Farias Antero – Faculdade Maurício de Nassau
 Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná
 Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
 Profª Drª Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre
 Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
 Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais
 Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
 Profª Drª Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande
 Profª Drª Marcela Mary José da Silva – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
 Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
 Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
 Prof. Dr. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás
 Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
 Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
 Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador

Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Federal da Bahia /
Universidade de Coimbra

Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Os precedentes judiciais no processo penal brasileiro:
a abreviação da via recursal ordinária como critério classificatório de
sua força vinculante

Diagramação: Nataly Evilin Gayde
Correção: Maiara Ferreira
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: O autor
Autor: Brenno Gimenes Cesca

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)	
C421	<p>Cesca, Brenno Gimenes Os precedentes judiciais no processo penal brasileiro: a abreviação da via recursal ordinária como critério classificatório de sua força vinculante / Brenno Gimenes Cesca. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2023.</p> <p>Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-1416-2 DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.162230506</p> <p>1. Processo penal. I. Cesca, Brenno Gimenes. II. Título. CDD 345.05</p>
Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166	

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DO AUTOR

O autor desta obra: 1. Atesta não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao conteúdo publicado; 2. Declara que participou ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certifica que o texto publicado está completamente isento de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirma a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhece ter informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autoriza a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código Penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

À Lígia, tesouro angelical e amor de minha vida.

À Tainá, joia rara que me permitiu participar do dom da criação.

A Deus, fonte de vida e equilíbrio, e à Nossa Senhora, Mãe sempre presente a me amparar e socorrer.

À Lígia, pelo amor, apoio e companheirismo presentes a cada dia já há mais de quinze anos.

À Tainá, cuja presença carinhosa em meu escritório doméstico, com bilhetes, desenhos e dobraduras de toda sorte, trouxe alento constante.

À minha irmã Monnalisie, por caminhar ao meu lado nesta jornada.

A meus pais, Cleuza e Wilson, exemplos de pessoas e profissionais cujos passos sempre procuro seguir.

A todos os queridos familiares e amigos que fazem parte da minha vida, tornando-a mais iluminada e feliz.

Ao Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, meu orientador já no mestrado, pela oportunidade e confiança renovadas no doutorado, lições ministradas, e imprescindível orientação.

Aos Professores Doutores Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Luiz Roberto Salles Souza, Edison Tetsuzo Namba, Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva e Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia, integrantes da banca examinadora a que apresentada a tese que deu origem a esta obra, pelas relevantes observações e sugestões feitas.

A todos os luminares mestres da Faculdade de Direito do Largo São Francisco cujas aulas tive a honra de acompanhar desde a primeira disciplina que cursei como aluno especial no curso de pós-graduação, em 2010, até a décima primeira, no doutorado, no ano de 2020, pelas valiosas lições, cujos nomes faço questão de mencionar (em ordem alfabética): Ana Elisa Bechara, André de Carvalho Ramos, Antonio Magalhães Gomes Filho (*in memorian*), Antonio Scarance Fernandes, Edmir Netto de Araújo, Gustavo Badaró, José Raul Gavião de Almeida, Marcos Zilli, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marta Saad, Maurício Zanoide de Moraes, Renato de Mello Jorge Silveira e Sérgio Salomão Shecaira.

“Precedent is the mechanism that enables the judge to resist the demands of his or her own feelings, to transcend their personal version of cultural and political ideology (...).” (DEUTSCH, Jan G. *Power and precedent: the role of law in the United States*. Lake Mary: Vendaplas Publishing, 2007. p. 57)

Esta obra é fruto de tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2022, aprovada por banca presidida pelo orientador, Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida, e composta pelos Professores Doutores Marta Cristina Cury Saad Gimenes, Luiz Roberto Salles Souza, Edison Tetsuzo Namba, Ricardo Cardozo de Mello Tucunduva e Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia.

Optou-se pela sua publicação na modalidade *open access*, já comum em ciências variadas, mas ainda incipiente no Direito, buscando contribuir com a democratização do acesso ao conhecimento científico.

Nesta pesquisa, procurou-se esmiuçar os contornos do precedente judicial no processo penal brasileiro e identificar qual o *discrímen* adequado a diferenciar sua força vinculante, defendendo-se seja a abreviação da via recursal ordinária. No primeiro capítulo foram estudados elementos básicos de teoria geral dos precedentes judiciais (conceito, distinção com institutos assemelhados, elementos, classificação, fundamentos, destinatários e efeitos, entre outros), classificando-os quanto à eficácia em persuasivos, vinculantes (ou normativos) e quase vinculantes. Para garantia da autoridade dos vinculantes é disciplinada em nosso ordenamento a reclamação; dos quase vinculantes, especialmente o julgamento monocrático pelo relator. A desobediência aos meramente persuasivos não enseja a abreviação da via recursal ordinária, carecendo esses precedentes, portanto, de obrigatoriedade. No segundo capítulo, foram estudadas as técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais obrigatórios, notadamente distinção (*distinguishing*), sinalização (*signaling*) e superação (*overruling*). No terceiro, foi feito panorama dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais (*common law* – Inglaterra e EE.UU.AA; *civil law* – Itália, Alemanha, França e Espanha), bem assim averiguadas convergências entre esses sistemas no tocante ao tema. No último capítulo, foi feito estudo dos precedentes no direito nacional, com breve histórico até o Código de Processo Civil atual e na sequência pesquisa do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015. Perscrutou-se a aplicabilidade desse sistema ao processo penal e quais são os precedentes vinculantes, quase vinculantes e meramente persuasivos nesta seara. Finalmente, realizou-se análise crítica do tema no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009 e PL 8.045/2010), com proposta de alteração.

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1. PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS DE TEORIA GERAL ..	19
1.1. Conceito	19
1.2. Precedente judicial e institutos assemelhados: distinção terminológica	23
1.2.1. Precedente x jurisprudência	23
1.2.2. Precedente x súmula	25
1.2.3. Precedente x costume	26
1.3. Precedente judicial como fonte do direito	27
1.4. Elementos do precedente judicial: <i>Ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>) e <i>obiter dictum</i>	29
1.4.1. Métodos para identificação da <i>ratio decidendi</i>	33
1.4.1.1. Teste de Wambaugh	34
1.4.1.2. Método Fático-concreto (Método de Goodhart).....	35
1.4.1.3. Método abstrato normativo.....	37
1.5. Classificação dos precedentes judiciais.....	39
1.5.1. Quanto à origem: precedente verticais e horizontais	39
1.5.2. Quanto à eficácia: precedentes persuasivos, vinculantes (ou normativos) e quase vinculantes	39
1.5.2.1 <i>Ratio decidendi</i> dos precedentes vinculantes e (in)transcendência dos motivos determinantes	41
1.5.2.2. Superprecedentes.....	43
1.6. Fundamentos dos precedentes judiciais vinculantes.....	45
1.6.1. Economia processual e duração razoável do processo	45
1.6.2. Isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança.....	47
1.6.3 Precedentes judiciais e separação dos poderes, princípio da legalidade, independência do juiz e rigidez do direito	53
1.7. Destinatários da força vinculante dos precedentes e seu nível hierárquico....	58
1.8. Efeitos dos precedentes judiciais vinculantes e sua modulação.....	60

1.8.1. Coisa julgada x precedentes vinculantes	69
CAPÍTULO 2. TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS	78
2.1. Aplicação dos precedentes vinculantes e argumentação jurídica.....	78
2.2. Conflito de precedentes	81
2.3. Distinção (<i>distinguishing</i>)	83
2.3.1. Distinções ampliativa e restritiva (<i>restrictive and ampliative distinguishing</i>).....	88
2.3.2. Distinções inconsistentes (<i>inconsistent distinctions</i>).....	91
2.3.3. Estudo de casos.....	93
2.3.3.1. Direito estrangeiro	93
Caso <i>Rasul v. Bush</i> , Suprema Corte Americana	93
<i>Arizona v. Gant</i>	95
2.3.3.2. Direito nacional	96
Supremo Tribunal Federal, HC 81.611	96
Supremo Tribunal Federal, HC 85.185 e Súmula 691	97
2.4. Sinalização (<i>signaling</i>)	98
2.5. Superação ou revogação (<i>overruling</i>).....	101
2.5.1. Efeitos da superação e sua modulação	109
2.5.1.1. Os efeitos da superação de precedentes de direito penal material e processual.....	116
2.5.2. Estudo de casos.....	118
2.5.2.1. Direito estrangeiro	118
Modulação na <i>overruling</i> de precedentes criminais pela Suprema Corte Estadunidense	118
<i>Batson v. Kentucky</i> (1986).....	120
<i>Atkins v. Virginia</i> (2002)	120
<i>Brown v. Board of Education</i> (1954)	121
2.5.2.2. Direito nacional	121

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.850.903	121
Execução penal e trânsito em julgado sob a ótica do STF	123
O foro por prerrogativa de função na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	125
2.5.3. Superação antecipada (<i>anticipatory overruling</i>)	127
CAPÍTULO 3. PANORAMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS OCIDENTAIS.....	131
3.1. Os precedentes judiciais no <i>common law</i> . O direito inglês e a doutrina do <i>stare decisis</i>	132
3.1.1. Os precedentes no moderno direito inglês	138
3.1.2. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos	141
3.2. Os precedentes judiciais no <i>civil law</i>	147
3.2.1. Os precedentes judiciais na Itália	151
3.2.2. Os precedentes judiciais na Alemanha	157
3.2.3. Os precedentes judiciais na França	161
3.2.4. Os precedentes judiciais na Espanha.....	166
3.3. (In)existência de convergência dos sistemas?	170
CAPÍTULO 4. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO...173	
4.1. Breve histórico até o Código de Processo Civil atual	173
4.2. O sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil/2015. Transplante x tradução legal	179
4.2.1. O Anteprojeto de Lei do Código de Processo Civil	181
4.2.2. Os Projetos aprovados pelo Senado Federal (PLS 166/2010) e pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)	182
4.2.3. O Código sancionado (Lei 13.105/2015)	184
4.3. A aplicabilidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil/2015 ao processo penal.....	190
4.4. A abreviação da via recursal ordinária como critério classificatório da força vinculante dos precedentes judiciais no processo penal brasileiro	192
4.5. Precedentes vinculantes no processo penal	196

4.5.1. A reclamação como instrumento destinado a garantir a autoridade dos precedentes vinculantes.....	196
4.5.2. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade	203
4.5.3. Os enunciados de súmula vinculante.....	205
4.5.4. Os acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC) ...	209
4.5.5. Os acórdãos em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)	213
4.6. Os precedentes quase vinculantes no processo penal.....	219
4.6.1. O julgamento monocrático de recurso pelo relator como ferramenta vocacionada a garantir a autoridade dos precedentes quase vinculantes.....	220
4.6.2. Os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos	225
4.6.3. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, além dos enunciados das súmulas dos demais tribunais.....	234
4.7. Os precedentes meramente persuasivos no processo penal.....	236
4.8. Os precedentes judiciais no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal e sua análise crítica	238
4.8.1. Anteprojeto e texto aprovado pelo Senado (PLS 156/2009).....	238
4.8.2. Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010).....	240
4.8.3. Nossa proposta de alteração	245
CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS	282
SOBRE O AUTOR	302

INTRODUÇÃO

Desde as primeiras aulas em um curso de direito é enunciada a existência, no ocidente, de dois sistemas jurídicos principais: o romano-germânico ou europeu continental (*civil law*) e o anglo-americano (*common law*).

O primeiranista é então informado que a família de tradição romanística, constituída com os contornos conhecidos após a Revolução Francesa, caracteriza-se pelo primado da lei, outorgando valor secundário às demais fontes do direito.

Em contraposição a esse sistema, na tradição dos povos anglo-saxões, há o primado dos precedentes¹.

Nas últimas décadas, todavia, constata-se estar em curso aproximação entre esses sistemas², havendo, de um lado, nos países de tradição anglo-americana crescente edição de leis e, de outro, nos filiados à *civil law* cada vez maior valorização dos precedentes judiciais³.

Nesse contexto, houve, na Inglaterra, a promulgação da Lei de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que autorizou, de modo inovador, a declaração de não conformidade de normas nacionais com os direitos consagrados na Convenção Europeia de Direitos Humanos; da Lei da Reforma Constitucional de 2005 (*Constitutional Reform Act*), criando-se a Suprema Corte do Reino Unido, adequando-se o sistema inglês ao tripartite da União Europeia⁴ (a qual recentemente o Reino Unido deixou).

De outro lado, nos países do *civil law* há tendência a se atribuir efeito vinculante a algumas decisões judiciais, notadamente as proferidas pelas cortes constitucionais, podendo ser citados, como exemplos, a Alemanha, Itália e Espanha, além do próprio Brasil⁵.

Precedentes, na lição de McCormick e Summers, são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras⁶.

Aplicar lições do passado para resolver problemas do presente e futuro é técnica

1. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 141-142.

2. HADDAD, Emmanuel Gustavo. *Precedentes judiciais: sistematização e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 8.

3. DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 65, n. 211, p. 36-37, out./dez. 2014.

4. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 13, jul./set. 2016.

5. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 14.

6. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 1.

comum nos mais variados aspectos da vida, desde as mais singelas atividades, como atravessar uma rua, procedimento para o qual a nossa experiência anterior, e a daqueles que nos ensinaram a fazê-lo, recomenda primeiramente olhar para os dois lados⁷.

Especificamente no direito, é princípio básico de administração da justiça que casos semelhantes devem ser decididos de modo análogo⁸. Decidir casos semelhantes de modo diverso não se coadunaria com os mais elementares princípios de igualdade, confiança e segurança jurídica.

Neste trabalho pretende-se perscrutar os precedentes no direito processual penal brasileiro, averiguando-se se o sistema de precedentes judiciais instituído pelo Código de Processo Civil/2015 é aplicável ao processo penal, e em que medida. Almeja-se, sobretudo, aquilatar a força vinculante dos precedentes arrolados no art. 927 do referido Código, defendendo-se, como se verá, como *discrímen* do grau de vinculação o abreviamento da via recursal ordinária para impugnação das decisões que desrespeitem precedente.

A pergunta central a ser respondida neste trabalho é: quais os precedentes vinculantes, quase vinculantes e meramente persuasivos no processo penal brasileiro e como distingui-los? A par do estudo do sistema atual, propõe-se analisar criticamente o tratamento outorgado aos precedentes pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010)⁹.

Robusta teoria geral se desenvolveu acerca do tema de precedentes judiciais¹⁰. A primeira tarefa, portanto, é analisar seus aspectos mais importantes. Em um primeiro capítulo, conceituar-se-á o termo *precedente judicial*, muitas vezes utilizado de modo equívoco, diferenciando-o de jurisprudência, súmula e costume. Na sequência, aquilatar-se-á se precedente constitui fonte do direito. Após, serão estudados seus elementos (*ratio decidendi* e *obiter dictum*), além dos métodos para identificação da *ratio decidendi*. Perquirir-se-á também a classificação dos precedentes judiciais, especialmente quanto à origem e eficácia. Ainda no primeiro capítulo, mister pesquisar os fundamentos do precedente judicial (economia processual, duração razoável do processo, isonomia, segurança jurídica e confiança) e a sua relação com a separação dos poderes, princípio da legalidade, independência do juiz e rigidez do direito. Mostra-se imprescindível o estudo dos destinatários da força vinculante dos precedentes e de seu nível hierárquico. Não se

7. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1-2.

8. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991, p. 3.

9. Atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, após aprovação, pelo Senado Federal (PLS 156/2009), em 07.12.2010. As referências neste trabalho aos artigos específicos do projeto são feitas com base no Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado João Campos, apresentado em 26.04.2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0106lkry0aenaf1ndoq057jxydm4603286.node0?codteor=1998270&filename=Parecer-PL804510-26-04-2021>. Acesso em: 12 abr. 2022.

10. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 22-30.

pode encerrar o primeiro capítulo sem dissertar acerca dos efeitos do precedente judicial, da possibilidade de sua modulação, bem como da relação entre precedentes vinculantes e coisa julgada.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo das técnicas de aplicação e superação dos precedentes judiciais obrigatórios (distinção; sinalização; superação ou revogação, além da modulação de seus efeitos). Cada uma dessas ferramentas demanda estudo aprofundado em seus diversos contornos, além de casos em que foram empregadas, tanto de direito nacional quanto estrangeiro. Fundamental, antes do estudo propriamente dito acerca de cada uma dessas técnicas, tecer considerações a respeito da aplicação dos precedentes vinculantes e a argumentação jurídica, bem como estudar o conflito de precedentes.

No terceiro capítulo apresentar-se-á panorama dos precedentes judiciais nos sistemas jurídicos contemporâneos ocidentais, tanto no *common law* quanto no *civil law*. No primeiro sistema, por notória sua relevância, serão estudados os sistemas do Reino Unido e dos Estados Unidos. No segundo, por se constituírem referência na Europa continental, os precedentes judiciais na Itália, Alemanha, França e Espanha. Feita essa análise descritiva, será averiguado se existe a propalada convergência das famílias jurídicas, e em que intensidade.

No quarto e último capítulo serão estudados os precedentes judiciais no direito brasileiro. Primeiramente, apresentar-se-á breve histórico até o Código de Processo Civil atual. Na sequência, será exposto o sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil/2015 e perquirida sua aplicabilidade ao processo penal. Após haverá exame específico de quais são os precedentes vinculantes, quase vinculantes e meramente persuasivos no processo penal, bem como do critério para sua diferenciação. No fechamento deste capítulo será feita análise crítica da regulamentação dos precedentes judiciais no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal.

Por fim, será realizada uma síntese das principais conclusões a que se chegou neste trabalho.

A importância do tema dos precedentes judiciais é demonstrada pelas questões supra enunciadas que se pretende estudar.

O assunto ganhou nova dimensão no direito brasileiro com a promulgação do Código de Processo Civil/2015, que estatuiu verdadeiro sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro¹¹.

11. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.

A temática, conquanto muito estudada no direito processual civil, no direito processual penal é nova e ainda pouco pesquisada.

Não se olvide que tema também é tratado pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010). Urge, pois, detida pesquisa.

PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS DE TEORIA GERAL

1.1. CONCEITO

Consoante já anotado na introdução, o termo *precedente* não é exclusividade do mundo jurídico.

Como adjetivo, é definido por Houaiss como “que precede; ocorrido previamente; anterior”. Nessa acepção, fala-se, por exemplo, no ano precedente. O termo também pode ser um substantivo masculino, sendo definido pelo mesmo filólogo como “fato que permite entender um outro fato análogo e posterior; decisão ou modo de agir que serve de referência para um caso parecido; exemplo”¹.

A definição “decisão que serve de referência para um caso parecido” tangencia a definição jurídica do termo, bastando acrescer o adjetivo *judicial* ao substantivo decisão.

Com efeito, é fora de dúvida que todo precedente judicial é uma decisão. O contrário, todavia, não é verdadeiro.

No processo penal (objeto de nosso estudo), da leitura dos arts. 800, 581 e 593, I e II, do Código de Processo Penal, extrai-se que as decisões judiciais podem ser classificadas em *despachos de mero expediente* (irrecorríveis), que dão impulso oficial ao processo, como, por exemplo, aquele que determina a realização de pesquisa de antecedentes do acusado, e *decisões judiciais em sentido estrito*.

As decisões judiciais em sentido estrito dividem-se em interlocutórias simples ou mistas, conhecidas as últimas também como decisões com força de definitiva (terminativas e não terminativas); e decisões definitivas, que são as sentenças (ou acórdãos), as quais se subdividem em condenatórias, absolutórias (próprias e impróprias) e definitivas em sentido *lato*².

As interlocutórias simples possuem maior complexidade que um despacho de mero expediente, como são as que indeferem um pedido de postulação de prova ou de reconhecimento de nulidade processual. Em outras palavras, possuem conteúdo decisório.

As interlocutórias mistas (ou *decisões com força de definitivas*) finalizam a relação jurídica processual sem exame do mérito (interlocutória mista *terminativa*), como a de rejeição da denúncia ou queixa. São assim também classificadas aquelas decisões que encerram uma etapa procedimental (interlocutória mista *não terminativa*), sendo exemplo

1. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.280.

2. Adota-se a classificação proposta por Tourinho Filho (*Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4, p. 233-237). Debate mais aprofundado sobre o tema desbordaria os limites do estudo.

clássico a de pronúncia.

As decisões definitivas em sentido estrito, por sua vez, julgam o *meritum causae*, classificando-se, como anotado, em condenatórias ou absolutórias (próprias e impróprias, sendo estas, como é cediço, as que impõem medida de segurança – art. 386, parágrafo único, III, do CPP).

Finalmente, as definitivas *lato sensu*, a despeito de julgar o mérito da causa, não podem ser consideradas condenatórias ou absolutórias (v.g. as de extinção da punibilidade).

Ora, dentro desse largo leque de decisões judiciais, nem todas podem ser reputadas precedente judicial. A bem da verdade, a grande maioria das decisões judiciais não transcendem o caso julgado, e nem mesmo aquelas decisões prolatadas na esfera cível em ações coletivas (ações civis públicas, por exemplo) podem ser consideradas precedentes³.

Quais são as notas distintivas que uma decisão deve possuir para ser considerada *precedente judicial*?

Além de ser decisão judicial, para se alçar à categoria de precedente a decisão deve ter aptidão para servir de modelo para um caso subsequente⁴.

E para atendimento a esse atributo é necessário que a decisão solucione uma *questão de direito*⁵.

A *quaestio juris* pode versar tanto sobre direito material como processual. Logo, v.g., tanto pode ser considerado precedente decisão que estabeleça ser inviável a redução da

3. Discorda-se, portanto, de Mariana Moreto, para quem toda decisão judicial é um precedente. Embora reconheça ser isolado seu posicionamento, assim o justifica: “Toda decisão preferida por autoridade judiciária constitui precedente judicial. Ainda que seja dissonante de todas as demais e assuma posicionamento isolado em relação à matéria de fundo, a decisão proferida por autoridade judiciária é um precedente judicial. O fato de poder ser alterada por decisão posterior, mediante recurso, não retira dela essa característica. Para que a decisão seja considerada um precedente judicial, basta que seja proferida por autoridade judiciária, portanto” (*O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012, p. 19). Consoante pondera Neil Duxbury, “*not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all*” (*The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 1). Em tradução livre: “nem todos os eventos passados são precedentes. Muito do que fizemos no passado torna-se rapidamente insignificante (ou é então esquecido) e não guia ações futuras absolutamente”. Nesse sentido, o Enunciado 315 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”.

4. Nessa direção *Oxford dictionary of law* define precedente como “*a judgment or decision of a court, normally recorded in a law report, used as an authority for reaching the same decision in subsequent cases*” (*Oxford dictionary of law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 470). Em tradução livre: “um julgamento ou decisão de uma corte normalmente gravada em um compêndio legal, usado como modelo para alcançar a mesma decisão em casos posteriores”.

5. Pondera Juraci Lopes Filho que “toda interpretação/aplicação envolve, necessariamente, fatos. Não se pode afirmar a possibilidade de uma interpretação exclusivamente jurídica, pois, se repita, interpreta-se aplicando-se. Assim, quando se diz que os processos de controle abstrato de constitucionalidade são objetivos porque só analisam o Direito em tese, não pode significar que fatos não são considerados. Pode não se considerarem fatos concretos discutidos e particularizados, mas, inevitavelmente, se consideram situações-padrão de aplicação. Apreciar o direito em tese só pode significar que os enunciados normativos serão apreciados segundo situações gerais ou simplesmente imaginando hipóteses de incidência das normas em questão” (*Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 276-277).

pena-base aquém do mínimo legal (direito material), como a que estatui ser constitucional a citação por edital no processo penal (direito processual).

Em outras palavras, da decisão judicial reputada precedente deve ser possível extrair uma norma geral, a que se subsuma um caso posterior análogo.

Nessa linha, Ariana Júlia de Almeida Anfe define precedente judicial como “qualquer decisão que resolva questão de direito, do qual se possa extrair uma norma jurídica de aplicação geral, ou seja, que possa ser utilizada como fundamento da decisão de um caso análogo subsequente”⁶.

Em sentido análogo, Renato Xavier da Silveira Rosa disserta que precedente judicial “é uma decisão judicial que tenha a aptidão para veicular normas que, a despeito de individuais e concretas, são tidas por gerais e abstratas, aplicando-se-as a outras situações que apresentem as *mesmas* características do processo anterior”⁷.

Ronaldo Cramer aduz, invocando ensinamento de Fredie Didier Jr., ser esse o conceito *próprio* de precedente, apresentando também o *impróprio*, pelo qual o “precedente constitui a própria norma jurídica criada pela decisão judicial, ou seja, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório para casos idênticos”⁸. Em outras palavras, iguala o conceito de *precedente* ao de *ratio decidend*⁹.

Sustentamos, porém, que *ratio decidendi* é elemento do precedente (ao lado do *obter dictum*)¹⁰, não adotando, pois, essa classificação, a despeito de reconhecer que, no dia a dia forense, as referências a precedentes no mais das vezes são na verdade às suas respectivas *rationes decidendi*.

Na tradição anglo-saxã, um precedente judicial adquire esta reputação posteriormente, e não quando da prolação da decisão judicial respectiva. Assim é considerado quando ao se julgar caso posterior se invoca decisão anterior, elegendo-a como precedente para a demanda em julgamento¹¹.

6. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016, p. 16.

7. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, p. 28 (grifo constante do original).

8. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

9. Igual posicionamento possui Ravi Peixoto (*Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 158).

10. V. *infra*, 1.4.

11. Explica Neil Duxbury: “*Precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before*” (*The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 4). Em tradução livre: “Seguir um precedente é obviamente uma atividade retrovisora: quando nós decidimos com base em um precedente, nós tratamos como significante o fato de que essencialmente a mesma decisão fora tomada anteriormente”.

Todavia, consoante adverte Neil Duxbury, citando Schauer, o julgador consciente deve reconhecer que futuros magistrados reputarão sua decisão precedente, o que obriga o primeiro a decidir não apenas o caso atual, mas os futuros também¹², ou seja, uma adicional responsabilidade ao decidir a lide presente¹³.

Lopes Filho frisa que um precedente judicial sempre apresenta um adicional hermenêutico, vale dizer:

1) a obtenção de um novo sentido; 2) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; 3) avanço de sentido não contidos aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional¹⁴.

Daí porque, ao prolatar decisão judicial que possua característica dessa sorte, já intui o julgador, mesmo no sistema anglo-americano, estar forjando um precedente judicial. Ademais, o julgador não pode evitar que sua decisão constitua um precedente¹⁵.

Não é essencial ao conceito de precedente a característica citada, qual seja, seu reconhecimento *a posteriori* (em retrospectiva), de modo que, no direito brasileiro, podem ser considerados precedentes aqueles estatuídos pela lei (art. 927 do Código de Processo Civil)¹⁶.

Discordamos, dessarte, da posição defendida por Lenio Streck e Georges Abboud, para quem não podem ser considerados precedentes aqueles definidos em lei¹⁷.

Realmente, consoante conclui Ronaldo Cramer, deve-se distinguir o momento do reconhecimento do precedente, que pode ser quando de seu surgimento (consoante nossa tradição), ou em momento posterior (como no *common law*), das notas distintivas para seu conceito¹⁸.

Diante dessas ponderações, definimos *precedente judicial* como *decisão judicial que, ao solucionar questão de direito, veicula norma geral e representa adicional hermenêutico, servindo de modelo para decisões futuras em casos análogos*.

12. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 4.

13. McCormick e Summers aduzem possuir os precedentes não apenas um efeito retrospectivo (*backward-looking effect*), mas também prospectivo (*forward-looking effect*) (*Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 2).

14. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 276.

15. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 42.

16. V. *infra*, item 4.2.3.

17. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 106-107.

18. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 80.

1.2. PRECEDENTE JUDICIAL E INSTITUTOS ASSEMELHADOS: DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA

Na práxis jurídica, grande confusão se faz entre os termos precedente, julgado, jurisprudência, súmula e costume, sendo imperiosa a distinção.

A diferenciação entre precedente e decisão judicial (ou julgado), já foi feita no item anterior (*supra*, item 1.1), ao qual nos reportamos.

1.2.1. Precedente x jurisprudência

Distingue-se precedente de jurisprudência, sob dois aspectos principais: quantitativo e qualitativo.

Quantitativamente, precedente refere-se a uma só decisão, ao passo que jurisprudência a um conjunto de decisões de determinado tribunal¹⁹.

Sob o ponto de vista qualitativo, a distinção reside no fato de que um só precedente é suficiente para embasar a decisão do caso sucessivo, ao passo que no manejo da jurisprudência são necessárias decisões várias a autorizar a conclusão de que a jurisprudência está estabelecida em determinado sentido²⁰.

Em outras palavras, precedente é uma decisão judicial (com os atributos já vistos – *supra* item 1.1), ao passo que jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais sobre determinado tema²¹. Integra ainda o conceito de jurisprudência a *contemporaneidade* das decisões, vale dizer, para constituir jurisprudência as decisões devem ter sido prolatadas em uma mesma época²².

Outrossim, como adverte Taruffo, o emprego da jurisprudência é tarefa árdua. Primeiramente, diante da multiplicidade de decisões, não se sabe quase nunca se realmente é conhecida toda a jurisprudência relevante sobre determinado tema. Lado outro, frequentemente se conclui que a jurisprudência é contraditória, ou seja, há dificuldade,

19. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007, p. 12-13. Esclarece o autor que essa distinção implica várias consequências, entre as quais a dificuldade de se definir quantas decisões são necessárias para que se possa afirmar que existe uma jurisprudência sobre determinado tema.

20. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 13-20.

21. Essa é uma das acepções do termo jurisprudência, que também pode significar a própria *ciência do direito* (consoante tradição dos direitos alemão e inglês) (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 70-71).

22. CIMARDI, Cláudia Aparecida. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no Novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90. Explica a autora que se cuida “de uma exigência diretamente relacionada ao natural desenvolvimento do entendimento dos tribunais a respeito de dada matéria, ao levar em conta as constantes transformações ocorridas na sociedade e, por consequência, de acompanhar as mudanças do mundo empírico quando da prolação do julgamento”.

no compulsar das decisões variadas sobre um mesmo tema, de se concluir se existe jurisprudência conforme, prevalente ou incerta. Esta sorte de dificuldade não existe no sistema fundado sobre o uso do precedente, máxime pelo número reduzido de decisões das cortes superiores²³.

Ainda sob o aspecto qualitativo, explica o processualista substancial diferença entre a aplicação dos precedentes e da jurisprudência, tendo por base o sistema italiano, crítica essa aplicável ao nosso, que aqui se reproduz, *mutatis mutandis*²⁴. Amiúde, ao se invocar a jurisprudência sobre determinado assunto, cita-se simplesmente as ementas dos julgados, que muitas vezes são insuficientes, por si sós, a estabelecer a similitude com o julgamento sucessivo. O precedente, por sua vez, é constituído do julgado na íntegra.

Com efeito, a ementa é mero resumo da decisão judicial, tendo por função precípua a facilitação de sua compilação e busca²⁵. Para a correta invocação do julgado a ela referente, imprescindível a análise da decisão em sua inteireza, até porque “é possível a existência de um conflito entre o teor da ementa e do julgado, ou mesmo a possibilidade de ela conter tema que não fez sequer parte da *ratio decidendi* da decisão invocada”^{26/27}.

Distingue-se jurisprudência de precedente também por sua eficácia. Como se verá (*infra*, item 1.5.2) há precedentes vinculantes, de observância obrigatória. A jurisprudência,

23. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., p. 19-20. Exemplifica o autor que, enquanto a *House of Lords* (atualmente *Supreme Court of the UK*) prolata em média menos de cem decisões ao ano, e a *Supreme Court* estadunidense menos de duzentas, a Corte de Cassação italiana em média decide 50.000 casos ao ano. No Brasil a situação é mais dramática. No ano de 2017, o Supremo Tribunal Federal julgou mais de 120.000 processos (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365261>>. Acesso em: 08 nov. 2018).

24. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Op. cit., p. 13-17. Explica o autor que nos repositórios de jurisprudência italiano os fatos são no mais das vezes omitidos, impedindo análise mais acurada da analogia entre o caso anterior e o presente.

25. RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49; ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; SCHMITZ, Leonard. Ementa. Função indexadora. (Ab)uso mecanizado. Problema Hermenêutico. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 659-661.

26. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 162-163. Sobre o conceito de *ratio decidendi*, v. *infra*, 1.4.

27. Elucidativo a respeito é o ocorrido no julgamento pela Corte Suprema dos Agravos Regimentais na Ação Penal Originária 508. Ficou assim ementado o acórdão do primeiro agravo: “Interceptação telefônica – mídia – degravação. A degravação consubstancia formalidade essencial a que os dados alvo da interceptação sejam considerados como prova – art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.296/96” (Ag. Reg. na AP 508 – Amapá, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 07.02.2013 por maioria de votos). Ao decidir o Segundo Agravo Regimental houve correção da ementa supratranscrita nos seguintes termos: “Agravo Regimental na Ação Penal. Processo Civil. Acórdão. Ementa. Síntese dos argumentos que prevaleceram por ocasião da sessão plenária de julgamento. 1. A ementa de julgamento é um enunciado ou conjunto de enunciados bastante sintético que deve corresponder de modo o mais fiel possível aquilo que foi decidido no acórdão enquanto resultado de um julgamento colegiado. Precedente. 2. A tese jurídica que prevaleceu no julgamento da Ação Penal Originária n. 508 foi a de que a degravação de escutas telefônicas poderia ser determinada naquele específico caso. A ementa, todavia, enunciou tese que dá a entender ser obrigatória, sempre, a degravação. Conquanto respeitável, a tese reflete o entendimento exposto pelo eminente Relator, não o entendimento dos votos vencedores vistos em seu conjunto. Agravo regimental a que se dá provimento” (Segundo Ag. Reg. na AP 508/AP, relator para acórdão Min. Fachin, j. em 06.02.2019 por maioria de votos).

a seu turno, possui apenas caráter persuasivo²⁸.

1.2.2. Precedente x súmula

Precedente não se confunde com súmula. Este instituto surgiu no direito brasileiro, com regulamentação no Regimento Interno do STF, por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, no ano de 1963, concebido como método de trabalho destinado a preservar a memória da jurisprudência da Suprema Corte, até então transmitida oralmente pelos membros mais antigos aos mais novos. Originalmente, o termo significava o conjunto dos enunciados, possuindo cada um deles numeração sequencial. Apenas posteriormente, em decorrência da prática jurídica, passou a ser sinônimo de enunciado²⁹.

Define-se súmula como “um enunciado que sintetiza, por meio de uma formulação resumida, qual é o entendimento da corte a respeito de determinado assunto”³⁰.

Esse instituto, de caráter apenas persuasivo inicialmente, evoluiu, sendo regulamentada, a partir da EC 45/2004, a súmula *vinculante* (art. 103-A, da CR), passando, portanto, a estabelecer normas cogentes para o Poder Judiciário e à Administração Pública.

Mencione-se, ainda, a inserção, em nosso ordenamento, na reforma processual civil de 2006, da *súmula impeditiva de recursos*, instituto que desautorizava o recebimento de recurso de apelação quando a sentença estivesse em consonância com Súmula do STF ou STJ (art. 518, § 1º, do CPC/1973, com a redação dada pela Lei 11.276/2006)³¹.

Ora, precedente, como se viu, é uma decisão judicial considerada em sua integralidade. Súmula, mesmo vinculante, não é decisão judicial, mas enunciado que resume a posição do seu órgão emissor sobre tema específico³².

Sua correta incidência exige sempre o estudo dos julgados que lhe deram origem, além dos posteriores, pois na técnica de aplicação dos precedentes os fatos não podem

28. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 328-332.

29. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, p. 9-10.

30. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 10.

31. A *súmula impeditiva de recursos* foi extinta pelo CPC/2015, pois o juízo da admissibilidade da apelação não cabe mais ao juízo de primeiro grau (art. 1.010, § 3º), de modo que, estando o julgado recorrido em conformidade com súmula (agora não apenas do STF e STJ, mas também do próprio tribunal), cabe o julgamento monocrático pelo relator (art. 1.011, I, c.c. art. 932, IV, ‘a’). O art. 593 do Projeto de Lei do Novo CPP (PL 8.045/2010) prevê o julgamento monocrático pelo relator com base em súmula ou acórdão do STF em repercussão geral ou acórdão do STF ou STJ em recurso repetitivo.

32. Conforme pontua Ravi Peixoto, “a súmula é apenas uma tentativa de enunciação destacada da *ratio decidendi*” (*Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 159-160), a qual, frise-se, nem sempre é bem-sucedida.

ser ignorados³³.

A despeito, pois, de o Código de Processo Civil elencar as súmulas como precedentes (art. 927, II), não se pode olvidar que, ao se referir dessa maneira a estes enunciados, implicitamente também se invocam as decisões que lhe outorgam sustentáculo.

1.2.3. Precedente x costume

Costume jurídico, que constitui fonte do direito, é o comportamento habitual com consciência de sua obrigatoriedade (motivação jurídica). Exige, portanto, dois elementos: além da reiteração (elemento objetivo), a consciência de sua conformidade com o direito (elemento subjetivo)³⁴. Daí porque não pode ser admitido o costume *contra legem*.

A despeito de, especialmente no *common law*, ao se decidir determinado caso tanto com base em costume quanto em precedente, a tarefa é calcada na autoridade de práticas passadas³⁵, diferencia-se costume de precedente sob vários aspectos.

A origem do precedente é certa e determinada, sabe-se qual o órgão e data de sua origem. O costume, porém, surge de forma incerta, anônima e sem data definida. É paulatinamente formado na sociedade. Quanto à forma, o precedente é sempre escrito; o costume, não escrito³⁶.

No desenvolvimento do *common law*, primeiramente surgiram os costumes, posteriormente encampados por decisões judiciais consideradas precedentes, constatação que se afigura a principal evidência de não haver equivalência entre os institutos³⁷.

33. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 160-161; CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 967-972. Ressalte-se que nos termos do inc. I, do § 2º, do art. 315 do CPP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019, “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. O art. 489, § 1º, V, do CPC/2015 também traz norma com mesmo conteúdo. O Projeto de Lei do Novo CPP (PL 8.045/2010), aliás, expressamente estatui que “ao editar os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 599, § 2º). No sistema do *common law*, CROSS e HARRIS apontam ser fundamental, na aplicação dos precedentes, a leitura dos julgamentos à luz dos respectivos fatos, bem assim dos julgamentos de outros casos (*Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 43-47).

34. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. *Op. cit.*, p. 157-158.

35. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 8.

36. Explica Neil Duxbury: “To decide by reference to precedent is to compare the present case with an identifiable earlier event, whereas decisions on the basis of custom often justify an outcome by observing that nobody remembers a time when the question in hand was resolved in any other way” (*The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 8). Em tradução livre: “Decidir com referência a precedente é comparar o presente caso a um anterior específico, enquanto que decisões com base em costume frequentemente são justificadas pela observação de que ninguém se recorda de um tempo em que a questão fora resolvida de outro modo”.

37. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 9.

Diante da sucessiva incorporação de costumes por precedentes, os últimos constituem no moderno *common law* a única e relevante fonte do direito além da lei escrita (*statute law*)³⁸.

1.3. PRECEDENTE JUDICIAL COMO FONTE DO DIREITO

Atualmente ninguém duvida, seja no sistema europeu continental ou anglo-saxão, da relevância dos precedentes judiciais. O que se discute é sua posição teórica, ou seja, se configura fonte do direito³⁹.

Na definição de Houaiss, *fonte* é o “focal de onde vem ou onde se produz algo; procedência, origem, proveniência”⁴⁰.

Fontes do direito, portanto, referem-se aos institutos que dão origem às normas jurídicas, ou seja, ao processo de nomogênese jurídica⁴¹.

Por conseguinte, para se reputar determinado instituto fonte do direito, ele deve possuir a aptidão de gerar normas jurídicas, as quais possuem caráter obrigatório, ou seja, dotadas de vigência e eficácia.

Dessarte, toda fonte de direito exige um “*centro de poder*, o qual, diante de um complexo de *atos e valores*, opta por dada *solução normativa* com característica de objetividade”⁴².

Diante desse contexto, a *jurisdição* constitui *fonte do direito*, por corresponder ao Poder Judiciário⁴³. Daí decorre a conclusão de configurar o precedente judicial fonte do direito, a despeito de assim não definido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁴⁴.

38. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 168.

39. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 18-19.

40. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. *Op. cit.*, p. 1.369.

41. Na definição de Bobbio, “fontes do direito” são aqueles fatos e aqueles atos dos quais o ordenamento jurídico faz decorrer a produção de normas jurídicas” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. 3. reimpr. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2020, p. 55).

42. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. *Op. cit.*, p. 141 (grifos constantes do original).

43. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. *Op. cit.*, p. 141. Ao lado da jurisdição, apresenta o autor como outras fontes do direito o processo legislativo (Poder Legislativo), usos e costumes jurídicos (poder social) e o poder negocial, expressão da autonomia da vontade, que gera o ato negocial.

44. POLITANO, Vanessa Chacur. *Aparente tensão entre acesso à justiça e precedentes judiciais: atualização e contextualização dos conceitos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016, p. 189. Dispõe o art. 4º da LINDB que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Prescreve o Enunciado 380 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “a expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

Como pondera Bryan Garner, até aproximadamente o final do século XIX, nos países do *common law*, era assente que os precedentes judiciais eram meramente declaração do direito, não sendo sua fonte portanto. Todavia, “nenhum jurista sério atualmente pensa assim. Hoje em dia, precedentes são considerados como fonte do direito”⁴⁵.

Deveras, como analisado oportunamente (item 3.1, *infra*), a doutrina declaratória, sedimentada no direito inglês no final do século XVIII com Blackstone⁴⁶, foi superada no século XIX pelo positivismo, cujos representantes (Jeremy Bentham e John Austin, no direito inglês) formularam a teoria constitutiva, pela qual os precedentes constituem normas jurídicas e são fontes do direito. A partir desse marco, a teoria constitutiva passou a ser amplamente aceita⁴⁷.

Nos países do *civil law* (como será visto em item 3.2, *infra*), com a Revolução Francesa, cujas bases filosóficas primordiais foram hauridas de Montesquieu e Rousseau, a vontade da Nação passou a ser veiculada pela lei escrita, fonte primordial do direito, cabendo ao juiz – ser inanimado –, apenas função declaratória⁴⁸. O positivismo jurídico, reafirmando essas premissas, outorgou à lei o papel de fonte primária do direito, superando assim o jusnaturalismo, que advoga possuir a lei mero papel declaratório⁴⁹. A Escola da Exegese, por sua vez, assentou que a lei possuía uma só interpretação.

Modernamente, com o declínio da codificação, advento do Constitucionalismo (que colocou a Constituição no ápice do sistema jurídico, permitindo o controle dos atos legislativos pelo Poder Judiciário), conceituação dos *hard cases*, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, nos países do *civil law* houve valorização da jurisprudência, que passou a ser vista como fonte do direito, surgindo os precedentes judiciais vinculantes (ainda que de fato) em ordenamentos dessa família jurídica⁵⁰.

Consoante pondera Hassemer, o juiz, sem se olvidar de sua vinculação à lei, age

Na mesma esteira: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 40-41.

45. No original: “it used to be widely thought – until about the end of the 19th century – that judicial precedents were merely evidence of the law, as opposed to a source of it. No serious legal thinker now believes this. Today, precedentes are understood to make up part of the law (...)” (GARNER, Bryan A. et al. *The law of judicial precedent*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016. p. 2, grifos constantes do original).

46. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. cit., p. 27-28.

47. MacCORMICK, D. Neil. Can stare decisis be abolished? *Juridical Review*, Edinburgh, v. 11, p. 204-205, 1966.

48. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 112; MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 199, p. 87 e 175.

49. ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. *Modulação de efeitos temporais na formação e na superação dos precedentes judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 35.

50. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 75. Os conceitos de *hard cases*, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são apresentados no item 3.2, *infra*.

como criador do direito, amoldando-a por meio da doutrina e jurisprudência⁵¹.

Jusfilósofos hodiernos, como Dworkin, Bankowski e MacCormick, aprimorando a teoria constitutiva, formularam a “teoria determinativa” (*determinative theory*), pela qual os precedentes, assim como as demais normas jurídicas, configuram “determinações” (na acepção tomista) baseadas em princípios. Por essa teoria, assim como a lei, configura o precedente fonte do direito⁵².

1.4. ELEMENTOS DO PRECEDENTE JUDICIAL: *RATIO DECIDENDI* (OU *HOLDING*) E *OBTER DICTUM*

O precedente judicial é formado por dois elementos: *ratio decidendi* (ou *holding*, como é mais comumente denominado nos Estados Unidos), e *obter dictum*.

A *ratio decidendi* (termo singular, cujo plural é *rationes decidendi*), como o próprio nome denota, são as razões da decisão, ou, em definição mais precisa, a norma genérica que se extrai do precedente judicial, e que é aplicável a casos sucessivos análogos.

Obter dictum (forma singular do plural *obter dicta*), por sua vez, é o que se diz de passagem, ou seja, é a parte acidental da decisão⁵³.

José Rogério Cruz e Tucci define *obter dicta* como “as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia” e o outro elemento como “a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”⁵⁴.

Na doutrina do *common law* a distinção remonta ao ano de 1600⁵⁵. Cross e Harris definem a *ratio decidendi* como “qualquer norma legal expressa ou implicitamente veiculada pelo julgador como um passo necessário para alcançar sua conclusão, considerando a linha de raciocínio por ele adotada”⁵⁶.

51. HASSEMER, W. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. Tradução de Peter Walter Ashton. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 36, p. 195-197, 1986.

52. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 332.

53. Ronaldo CRAMER conceitua *obter dictum* como “todo e qualquer argumento dispensável para determinar a norma do precedente e que tem apenas o objetivo de ser ilustração, digressão, complementação ou reforço de argumentação das razões da decisão. São ditos de passagem, que nenhuma relevância tem para a decisão proferida” (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 107). Dispõe o Enunciado 318 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis): “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”.

54. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 12.

55. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 57. Aponta o autor ter sido William Fulbeck o primeiro a realizar a distinção. Cross e Harris lembram que posteriormente, em 1673, Vaughan CJ retomou a diferenciação (*Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 41).

56. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 72. No original: “the ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or

Por exclusão, conceituam *obiter dicta* como as proposições que não integram a *ratio decidendi*⁵⁷.

Ressalva Neil Duxbury, porém, que há casos em que o juiz interpreta uma lei ao decidir, de modo que a *ratio* é essa interpretação conferida pelo julgador, mais do que propriamente a norma legal⁵⁸.

A *ratio decidendi*, nos precedentes vinculantes (*infra*, item 1.5.2), é a única parte que vincula os julgamentos sucessivos análogos⁵⁹. Isso não significa que os *obiter dicta* não são seguidos nos julgamentos posteriores, mas apenas que não são vinculantes, assim como os precedentes meramente persuasivos⁶⁰.

Relevante assentar que a *ratio decidendi* não se confunde com a fundamentação da decisão, tampouco com seu dispositivo. Trata-se da norma jurídica extraída do julgado (razão pela qual a causa foi julgada deste modo e não de outro), a partir de sua análise global⁶¹.

Discorda-se, assim, do posicionamento de Ronaldo Cramer, para quem a *ratio decidendi* está presente apenas na fundamentação, nunca no relatório ou no dispositivo⁶².

impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him (...)".

57. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 72.

58. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 77-78.

59. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 39. Na prática jurídica, aliás, costuma-se dizer simplesmente que "há precedente" sobre determinado assunto, referindo-se à sua *ratio decidendi*.

60. Cross e Harris observam que "*the difference between a persuasive precedent and an obiter dictum is only slightly less significant than that between binding and a persuasive precedent*" (*Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 41). Em tradução livre: "a diferença entre um precedente persuasivo e um *obiter dictum* é apenas pouco menos significante do que a que existe entre um precedente vinculante e persuasivo".

61. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*, p. 38-41. Define o autor *ratio decidendi* como "regra geral, autônoma, abstrata que se desprende do caso concreto em que foi estabelecida para se estender e se aplicar também aos casos seguintes assemelhados" (p. 41). A distinção entre os elementos do precedente já é feita pela jurisprudência dos tribunais superiores pátrios, e não apenas pela mais recente. Veja-se: "Existência de fundamento no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não foi atacado pelos agravantes. Fundamento que não se reduz a simples *obiter dictum*. Antes, é premissa que não pode ser eliminada sem afetar o conteúdo da decisão recorrida. Desta maneira, integra a *ratio decidendi* do Tribunal de origem" (STF, RE 363782 AgR, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 14.03.2006, DJ 27.10.2006, p. 46, v. 02253-04, p. 710. RTJ, v. 202-01, p. 299). E ainda: "PROCESSO CIVIL. *OBITER DICTUM*. 1. Contrato de incorporação imobiliária em que o terreno foi permutado por área construída. Falência da empresa incorporadora antes do início da obra. Acórdão que, no tribunal a quo, declarou rescindido o contrato muito tempo antes da decretação da quebra, impedindo que o terreno fosse integrado ao patrimônio da massa falida. Ressalva, no julgado, de eventual direito de terceiros adquirentes de unidades no prédio projetado em face dos proprietários do terreno, aludindo ao art. 40, § 4º, da Lei nº 4.591, de 1964. 2. Pretensão de excluir do julgado a ressalva que alude a essa norma legal. O recurso especial interposto pela letra 'a' supõe que a regra jurídica alegadamente contrariada pelo julgado tenha sido mal aplicada, ou não tenha sido aplicada quando isso era de rigor. Se o tribunal a quo nada decidiu a respeito dos direitos ressalvados – os quais só podem ser discutidos na ação em que, se e quando, esses terceiros adquirentes manifestarem alguma pretensão frente aos recorrentes, falta objeto ao recurso especial. Recurso especial não conhecido" (REsp 645.607/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, j. em 23.08.2005, DJ 10.10.2005, p. 360).

62. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Op. cit.*, p. 103.

José Rogério Cruz e Tucci explica que a *ratio decidendi* é integrada por três elementos: “a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgment*)”⁶³.

O Código de Processo Civil/2015, que instituiu verdadeiro sistema de precedentes, é claro em estabelecer que a *ratio decidendi* é a tese jurídica afirmada pelo julgado que possui caráter vinculante⁶⁴.

Pondere-se que determinado precedente pode ser constituído por mais de uma *ratio decidendi*, de modo que, conforme explicou o juiz inglês Devlin J. no julgamento do caso *Behrens and Another v. Bertram Mills Circus Ltd.*, “se o juiz der duas razões para sua decisão, ambas são vinculantes. Não é permitido pegar uma como sendo supostamente a melhor razão e ignorar a outra; tampouco importa para este propósito qual vem primeiro e qual em segundo lugar”⁶⁵.

Ravi Peixoto argumenta que, no direito brasileiro, cada capítulo da decisão judicial pode ser constituído por uma *ratio decidendi* individual, seja de direito material ou processual⁶⁶.

O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça possuem entendimentos sumulados há décadas no sentido de que os recursos extraordinário e especial, respectivamente, devem impugnar todos os fundamentos da decisão guerreada (em outras palavras, todas as suas *rationes decidendi*), sob pena de não conhecimento dos reclamos⁶⁷.

No sistema do *common law* ocorre frequentemente a formação paulatina da *ratio decidendi*, ou seja, um julgado posterior, ao invocar precedente anterior, outorga-lhe novo conteúdo hermenêutico, forjando novo precedente⁶⁸, não se descartando também a

63. *Precedente judicial como fonte do direito. Op. cit.*, p. 175.

64. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 34. É o que se extrai, consoante defendem os autores, de seus arts. 988, § 4º e 1.039.

65. *Queens’s Bench Division of the High Court of Justice, Behrens and Another v. Bertram Mills Circus Ltd.* [1957] 2 Q.B. 1. Disponível em: <<https://h2o.law.harvard.edu/cases/4042>>. Acesso em: 26 jan. 2021. No original: “if a judge gives two reasons for his decision, both are binding. It is not permissible to pick up one as being supposedly the better reason and ignore the other one; nor does it matter for this purpose which comes first and which comes second”. No mesmo sentido o Enunciado 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Cada fundamento determinante adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos de precedente vinculante, nos termos do Código de Processo Civil”.

66. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 187-188. Recorda o autor que pela teoria dos capítulos da sentença, desenvolvida por Liebman e trazida ao Brasil por Cândido Dinamarco, na decisão judicial cada capítulo refere-se à resolução de determinada questão autônoma.

67. Súmula 283 do STF, editada em 1963: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. Súmula 126 do STJ, editada no ano de 1995: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

68. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180-181.

hipótese de que o que configura *obter dictum* em um julgado possa vir a ser *ratio decidendi* em sucessivo.

Dificuldade há em se extrair os precedentes de decisões colegiadas, notadamente em sistemas como o nosso, em que é permitida a redação de votos divergentes⁶⁹. Em acórdãos com múltiplos votos, só pode ser reputada *ratio decidendi* do julgado a razão adotada pela maioria dos julgadores⁷⁰.

Impende considerar que os *obter dicta* não são todos iguais, podendo ser reputados irrelevantes ou, ao contrário, relacionar-se com assunto colateral de maior importância⁷¹.

Explicitados os elementos do precedente judicial, oportuno citar um caso concreto, comentado por Patrícia Campos Mello e Luís Roberto Barroso, que bem ilustra a dificuldade de, no Brasil, trabalhar-se com esses conceitos⁷².

Nos autos do RE 669.069, a União impugnou acórdão que reconheceu a prescrição de sua pretensão de ressarcir danos derivados de um acidente de trânsito. Sustentou a recorrente a imprescritibilidade da pretensão, na forma do art. 37, § 5º, da Constituição Federal.

Foi reconhecida a repercussão geral do caso⁷³.

Ao votar, o Ministro Teori Zavascki obtemperou que por não cuidar a hipótese de ato de improbidade administrativa ou crime contra a administração, não há que se falar na imprescritibilidade prevista pela norma já citada, propondo, então, como tese:

A imprescritibilidade a que se refere o art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais.

Esse procedimento, obtempera o autor, “não se confunde com uma revogação ou *overruling*, já que a *ratio* é alterada, mas não perde sua autoridade”. Sobre *overruling*, *infra*, 2.5.

69. Ravi Peixoto explica que essa sistemática é própria das cortes do *common law*, como Inglaterra e EUA. Ressalta que em países da Europa continental tradicionalmente uma só decisão é redigida. Atualmente, porém, em Cortes Constitucionais essa regra tem sido superada, como ocorreu na Alemanha, Portugal e Espanha, admitindo-se a edição de votos divergentes (*Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 188).

70. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 189-190. Assim o posicionamento do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). Enunciado 317: “O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. Enunciado 319: “Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante”.

71. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 81.

72. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 36-41.

73. Eis a ementa do *decisum*: “ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal”.

Diante, todavia, da argumentação do Ministro Barroso, no sentido de que, proposta dessa forma a tese, resolveria o acórdão questão não suficientemente debatida no caso concreto, e com manifesta divergência doutrinária e jurisprudencial, qual seja, a da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por atos de improbidade administrativa e crimes contra a administração pública, optou-se por veicular o julgado tese mais restritiva, simplesmente de que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”⁷⁴.

Cabe considerar, porém, que ainda que aprovada a ementa proposta inicialmente pelo ministro relator, não teria o julgado, todavia, o alcance temido pelo Ministro Barroso, na medida em que, de qualquer modo, a questão referente à imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade ou crime contra a administração pública constituiria mero *obter dictum* do *decisum*, cujo cerne versa sobre fatos absolutamente distintos, não integrando, portanto, a sua *ratio decidendi*, já que, como já visto, diferencia-se ementa de precedente (*supra*, item 1.2.1).

O receio, todavia, justificava-se na medida em que, na prática jurídica forense nacional, há grande confusão entre precedente e conceitos análogos (*supra*, item 1.2), não se descartando a hipótese de que, a vingar a redação original da ementa, múltiplos julgados decidiriam, com base nesse precedente, ainda que indevidamente, casos em que debatida a prescrição de ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa ou crimes contra a administração pública⁷⁵.

1.4.1. MÉTODOS PARA IDENTIFICAÇÃO DA *RATIO DECIDENDI*

A despeito de a distinção teórica entre os elementos do precedente judicial não possuir maior complexidade, a sua separação, em um caso concreto, é tarefa difícil, especialmente porque na prolação da decisão o juiz raramente os identifica⁷⁶.

74. Eis a ementa integral do julgado: “CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (RE 669069, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 03.02.2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-082 27.04.2016, Public 28.04.2016).

75. Apenas para ilustrar, também foi decidida pelo STF posteriormente a questão da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário por ato doloso de improbidade administrativa (Tema 897), fixando-se a tese: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa” (RE 852475, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 08.08.2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-058 22.03.2019, Public 25.03.2019).

76. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 48. Ao demonstrar essa dificuldade, afora ceticismo de alguns, citam os autores a resposta provocativa dada por Lord Asquith quando indagado sobre a diferença entre *ratio decidendi* e *obter dictum*: “The rule is quite simple, if you agree with the other bloke you say it is part of the ratio; if don't you say it is obter dictum, with the implication that he is a congenital idiot” (p. 50). Em tradução livre: “A regra é bem simples, se você concorda com a outra parte, você diz que faz parte da *ratio*; se não, você fala que é *obter dictum*, com a implicação de que ele é um idiota congênito”.

Conquanto essa questão historicamente possua maior significado nos sistemas jurídicos do *common law*, o manejo dos precedentes é atualmente atividade rotineira nos países do *civil law*, havendo relevância, pois, em seu estudo também nesta família jurídica⁷⁷.

Três são os principais métodos desenvolvidos para distinção da *ratio decidendi*: Teste de Wambaugh, Método Fático-concreto (Método de Goodhart) e Método Abstrato Normativo.

1.4.1.1. Teste de Wambaugh

Um dos primeiros doutrinadores a se debruçar sobre o problema foi Eugene Wambaugh, que propôs no século XIX teste para averiguar a *ratio decidendi* de um caso. O teste consiste em, diante de determinada proposição que se julga a *ratio decidendi*, invertê-la. Se após essa operação o julgamento fosse distinto, esta regra constituiria realmente a *ratio decidendi* de um caso. Se, mesmo com essa inversão, o resultado do julgamento fosse o mesmo, tal proposição não passaria de *obter dictum*⁷⁸.

De acordo com o autor, esse método já fora aplicado pela Suprema Corte Americana, em julgamento de 1853⁷⁹.

O teste, a despeito de ter o mérito de ser uma das primeiras tentativas sistematizadas em doutrina em enfrentar a matéria, possui patente limitação, na medida em que se aplica a decisões judiciais que contêm uma só *ratio decidendi*, pois, havendo mais de uma, com a inversão de uma delas ainda assim o resultado do julgamento seria o mesmo⁸⁰.

77. MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 503.

78. WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston, Little, Brown & Co., 1894, p. 17-18. Pela simplicidade e maneira sintética com que o autor expõe sua tese, bem assim por seu valor histórico, vale sua citação integral: “Yet by experiment even the beginner can determine whether it is possible for a given proposition of law to be involved in a given case. In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good, and had had it in mind, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition and possibly for other propositions also (...). In short, when a case turns on only the point the proposition or doctrine of the case, the reason of the decision, the ratio decidendi, must be a general rule without which the case must have been decided otherwise”. Em tradução livre: “Para experimentação até mesmo o iniciante pode determinar se é possível que uma dada proposição jurídica esteja envolvida em determinado caso. Para fazer o teste, deixe-o primeiramente enquadrar cuidadosamente a suposta proposição jurídica. Deixe-o então inserir na proposição uma palavra invertendo seu significado. Deixe-o perguntar se, caso a Corte tivesse concebido esta nova proposição como a adequada, a decisão poderia ter sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, por melhor que seja a proposição original, o caso não é um precedente por esta proposição, mas se a resposta for negativa, o caso é um precedente por esta proposição original e possivelmente para outras proposições também (...). Sumulando, quando se chega a apenas uma proposição ou doutrina de um caso, a razão da decisão, a *ratio decidendi* deve ser uma regra geral sem a qual o caso deveria ter sido decidido de outro modo”.

79. Caso *Carroll v. Carroll's Lessee*, 57 US 275, 286-7.

80. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Op. cit., p. 76-77.

1.4.1.2. Método Fático-concreto (Método de Goodhart)

Na terceira década do século XX houve novo marco no estudo do tema, com a criação do denominado Método de Goodhart, ou fático-concreto⁸¹. De acordo com a proposta, para se extrair a *ratio decidendi* de um caso deve-se primeiramente analisar quais os fatos debatidos no julgamento. Após, separá-los entre fatos essenciais e acidentais⁸². Finalmente, é necessário averiguar o que foi decidido a respeito dos fatos essenciais⁸³.

Para ilustrar a aplicação do método, o autor toma como exemplo o caso *Rylands v. Fletcher*, de 1868, no qual o demandado contratou um empreiteiro para construir um reservatório em sua propriedade, lindeira com a do autor. Devido à negligência do construtor, a água escapou do reservatório, invadindo a propriedade do vizinho. Formula, então, dois silogismos⁸⁴.

1) Fatos do caso:

FATO 1: D construiu um reservatório de água em sua terra.

FATO 2: O empreiteiro que construiu o reservatório obrou com negligência.

FATO 3: A água escapou do reservatório e causou prejuízo a P.

Conclusão: D deve reparar o prejuízo de P.

2) Fatos relevantes admitidos pela Corte:

FATO 1: D construiu um reservatório de água em sua terra.

FATO 3: A água escapou do reservatório e causou prejuízo a P.

Conclusão: D deve reparar o prejuízo de P.

Como se observa, a supressão do segundo fato não alterou a conclusão, qual seja, a da responsabilidade do proprietário do reservatório, de modo que esse, acidental, pode ser reputado *obter dictum*, e não *ratio decidendi*.

Disso resulta que, sendo despiciendo ao caso a consideração sobre qualquer responsabilidade aquiliana do empreiteiro, acabou o julgado por erigir *ratio decidendi* baseada em responsabilidade objetiva⁸⁵.

81. GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

82. A expressão em inglês empregada pelo autor é *material/imaterial facts*. Sua tradução literal como fatos materiais/imateriais, a despeito de frequente na doutrina pátria, não se mostra precisa, sendo mais acurada a denominação ora empregada, entre fatos essenciais (ou fundamentais) e acidentais (ou não essenciais). Com efeito, *Oxford Dictionary of law* define *material facts* como “*essential facts*” (*Op. cit.*, p. 593).

83. GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. *Op. cit.*, p. 169 e ss.

84. GOODHART, Arthur Lehman. *Determining the ratio decidendi of a case*. *Op. cit.*, p. 174.

85. No original a responsabilidade objetiva é denominada “*doctrine of absolute liability*” (GOODHART, Arthur Lehman).

Em aplicação a esse método, o juiz do caso posterior teria que analisar, mais do que os fundamentos jurídicos do precedente, seus fatos essenciais, os quais, se coincidentes com os do caso em julgamento, implicaria a aplicação da *ratio decidendi*, ainda que o novo caso possuísse fatos acidentais diversos. A incidência do precedente seria evitada apenas se o novo caso possuísse fatos relevantes distintos. Ou seja, calha, mais uma vez, a regra de que casos análogos devem ser tratados igualmente (*like cases should be treated alike*), tão cara ao sistema do *common law*⁸⁶.

Não se afigura viável concluir que pelo presente método os fundamentos jurídicos careceriam de importância. Realmente, em artigo posterior, escrito na década de 1950, rejeitando críticas que lhe foram feitas nessa direção, Goodhart expõe que a *ratio decidendi* deve ser definida pesquisando-se os fatos relevantes e a decisão judicial neles baseada⁸⁷.

Esse esclarecimento, porém, não significa que sua doutrina não seja passível de críticas.

De fato, embora a teoria de Goodhart supere a limitação da de Wambaugh, podendo ser aplicada a casos com mais de uma *ratio*, e possua o mérito de valorizar os fatos debatidos na causa, é criticada primeiramente porque a extração da *ratio* exige mais atenção aos fundamentos jurídicos do que a doutrina de Goodhart lhes dedica. Outrossim, peca pela falta de critérios suficientes a divisar os fatos relevantes, de molde a se extrair do julgado sua *ratio decidendi*, até porque no mais das vezes essa separação não é explícita na decisão⁸⁸. Consequência dessa constatação é que, aplicando esse método, o julgador vinculado a um determinado precedente possui maior liberdade em afastá-lo, sendo suficiente a tanto que indique fato essencial diverso no caso ora em julgamento daquele existente no precedente.

Não bastasse, restringe a atividade das Cortes de Justiça na criação de precedentes, na medida em que, por esse método, o julgador, antes de criar uma regra jurídica, apenas julga caso concreto da mesma forma que outro anterior fora decidido. Em outras palavras, possui por premissa que a atividade jurisdicional não é vocacionada a soluções amplas nem à edição de regras jurídicas, o que desfavorece a análise sistemática do direito⁸⁹.

Determining the ratio decidendi of a case. Op. cit., p. 175).

86. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 83.

87. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, n. 2, p. 120, mar. 1959.

88. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 69-70.

89. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit.*, p. 46.

1.4.1.3. Método *abstrato normativo*

O método *abstrato normativo*, a seu turno, defendido, entre outros, por Frederick Schauer⁹⁰, outorga mais relevo à norma jurídica extraída do precedente, sem, porém, descurar dos fatos relevantes debatidos na causa. A relevância de um fato é constatada a partir da regra jurídica que desta maneira o considerou⁹¹.

Por ser a *ratio decidendi* norma jurídica geral e abstrata, a aplicação dos precedentes, com esse método, é mais ampla que no fático-concreto, autorizando sua incidência a causas apenas semelhantes^{92/93}.

Deve-se atentar, porém, para que a *ratio decidendi* não seja estabelecida em termos demasiadamente genéricos, de molde a abarcar situações fáticas não consideradas pelo precedente⁹⁴.

Clássico exemplo trazido à colação é o caso *Donoghue v. Stevenson* (1932). A autora, após consumir determinada bebida industrializada, acondicionada em garrafa opaca, verificou que havia uma lesma morta em seu interior. Contraiu doença em razão desse evento. O produtor foi condenado a indenizar a consumidora, julgando-se possuir ele o dever de controlar a qualidade do produto, sendo previsível que a negligência em seu cumprimento gerasse danos aos seus consumidores⁹⁵.

A *ratio decidendi* desse caso, estatuída de forma restritiva, pelo método fático-concreto, poderia ser: a) “sempre que bebidas contaminadas, acondicionadas em garrafas opacas, gerarem danos a quem consumi-las, seu produtor estará obrigado a indenizar os

90. SCHAUER, Frederick. *Precedent*. S.l.: S.n. 2011. p. 12-14. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 29 nov. 2018. Nas palavras do autor, “the key to identifying the scope of a precedent is to look at the actual words used by the precedent court to explain and justify its holding” (p. 14). Em tradução livre: “a chave para identificar o escopo de um precedente é olhar para as exatas palavras empregadas pela Corte de origem para explicar e justificar sua *ratio decidendi*”.

91. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 85.

92. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 48. No mesmo sentido, disserta Marinoni: “(...) quando são consideradas as razões para a decisão, torna-se possível ver que fatos similares devem ser enquadrados em uma mesma categoria, que assim não somente merecem, mas na verdade exigem, uma mesma solução para que violado não seja o princípio da igualdade (...)” (*Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 166).

93. Esse método outorga relevo à força gravitacional dos precedentes, que é o “efeito que um precedente exerce sobre decisões futuras, mesmo que sua *ratio decidendi* (que tem efeito normativo) não seja completamente aplicável a esse novo caso” (ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. *Modulação de efeitos temporais na formação e na superação dos precedentes judiciais*. *Op. cit.*, p. 123-124). Sobre a força gravitacional dos precedentes: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 174-184.

94. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 26.

95. MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. *Op. cit.*, p. 504-505; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 26.

prejudicados⁹⁶.

Poderia, de outro lado, ser aduzida com níveis diversos de abstração, como: b) “sempre que o produtor de alimentos gerar danos ao consumidor, por falha no dever de controlar sua qualidade, estará obrigado a indenizá-lo”; c) “sempre que um produtor de qualquer bem ou o fornecedor de qualquer serviço gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo”; d) “sempre que o produtor de bens ou o fornecedor de serviços, inclusive de bens imóveis, gerar danos ao consumidor, deverá indenizá-lo”; e) “qualquer um que gere dano a outrem estará obrigado a indenizar⁹⁷”.

As *holdings* expostas nos itens ‘a’ e ‘b’ seriam aceitáveis, mas as demais desbordariam os limites do precedente estabelecido.

Também estudando esse caso, e aplicando na extração de sua *ratio decidendi* o método abstrato-normativo, Schauer argumenta que se a *House of Lords*, ao julgá-lo, tivesse assentado que chegou à decisão porque “quaisquer defeitos no produto não poderiam ter sido identificados pelo consumidor”, então a extensão do precedente abarcaria todos os consumidores de produtos cujos defeitos seriam ocultos. Sem embargo, se houvesse a Corte asseverado que “produtos alimentícios envolvem obrigações especiais a cargo dos produtores”, então poderia ser considerado um precedente para futuros casos sobre produtos alimentícios, mas não para produtos de natureza diversa⁹⁸.

Se é certo, pois, que o método abstrato-normativo supera as críticas ao método fático-concreto, sua aplicação não pode chegar a extremos de generalidade, não sendo lícito perder de vista, na análise do precedente, como já exposto no item anterior, os fatos que o forjaram, sob pena de a atividade judicante, na formulação do precedente, confundir-se com a elaboração de lei⁹⁹.

Importa, pois, que ao se estabelecer determinado precedente, já de modo claro se fixem suas balizas¹⁰⁰.

96. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 26.

97. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 26-27.

98. SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Op. cit.*, p. 14.

99. Há, inclusive, defensores de que a conjugação dos métodos fático-concreto e abstrato normativo é a melhor solução. Nesse sentido: ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 52; MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 27.

100. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 49. Acrescenta o autor: “A forma como o tribunal enfocou e caracterizou os fatos do caso concreto precedente, a importância dada a eles na aplicação da regra jurídica encontrada/estabelecida, vai fazer parte da *ratio decidendi*, dando a ela maior ou menor extensão, maior ou menor generalidade” (p. 50).

1.5. CLASSIFICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

1.5.1. Quanto à origem: precedente verticais e horizontais

Os precedentes judiciais, quanto à origem, dividem-se em verticais e horizontais. Os primeiros aplicam-se a órgãos judiciários de hierarquia inferior, como, no direito brasileiro, os oriundos do Supremo Tribunal Federal.

Os horizontais, por sua vez, aplicam-se tão somente ao próprio Tribunal que o criou e seus órgãos respectivos, podendo ser citado, como exemplo, em nosso sistema, a orientação do plenário ou do órgão especial de Tribunal Estadual, que obriga apenas os julgadores vinculados a essa corte (juízes e desembargadores) (art. 927, V, do CPC)¹⁰¹.

Deve-se pontuar, todavia, que mesmo os precedentes que quanto à origem são classificados como verticais, possuem também eficácia horizontal, vale dizer, devem ser respeitados pelo próprio tribunal emissor (dever de autorreferência)¹⁰².

1.5.2. Quanto à eficácia: precedentes persuasivos, vinculantes (ou normativos) e quase vinculantes

No concernente à eficácia ou força, os precedentes dividem-se em meramente persuasivos, vinculantes e quase vinculantes¹⁰³.

Os precedentes persuasivos (*persuasive effect*, na linguagem do *common law*) são aqueles que, a despeito de sua relevância jurídica, carecem de obrigatoriedade, ou seja, não vinculam outros órgãos, apenas as partes da demanda. Possuem mero caráter retórico¹⁰⁴. Cite-se, como exemplo, as decisões prolatadas em sede de *habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça.

101. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 113-115.

102. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 113-115. Dispõe, nesta direção, os Enunciados 169 e 453 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), respectivamente: “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir os seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos § 9º do art. 1.037 e § 4º do art. 927”; “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes”.

103. Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso valem-se de nomenclatura diferente, mas com significado análogo, classificando os precedentes judiciais com eficácia *persuasiva*, *normativa* e *intermediária* (*Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 19-23). Já Hermes Zaneti Jr. classifica os precedentes judiciais em: a) *normativos vinculantes* (a vinculação, embora existente, não é prevista em norma legal); b) *normativos formalmente vinculantes* (a vinculação é formal, desafiando a decisão que o desrespeite recurso ordinário); c) *normativos formalmente vinculantes fortes* (decisão desarmonica enseja impugnação pela via recursal comum e extraordinária), negando o caráter de precedente à jurisprudência persuasiva (*O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. *Op. cit.*, p. 348-352).

104. Consoante pondera Bryan A. Garner, sua invocação pode convencer uma Corte a adotar determinada posição. É referido não apenas em peças processuais, mas também em trabalhos doutrinários (*The law of judicial precedent*. *Op. cit.*, p. 164).

Os precedentes vinculantes ou normativos (*binding* ou *coercive effect*), a seu turno, são de aplicação obrigatória a outros órgãos, notadamente do Poder Judiciário, como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I, do CPC)¹⁰⁵.

Nos ordenamentos do *common law*, existe cultura de obediência aos precedentes, de modo que não se cogita (ao não ser em caso de não incidência pelas técnicas estudadas no próximo capítulo) de sua não aplicação¹⁰⁶.

Na ensinança de Neil Duxbury, a capacidade de um precedente constranger, vale dizer, servir como um comando, depende do nível hierárquico da Corte que o estabelece¹⁰⁷.

Como será analisado com mais vagar oportunamente (*infra*, capítulo 4), o Código de Processo Civil/2015 primou por instituir regime de precedentes no direito pátrio, enunciando-os no art. 927¹⁰⁸.

Todavia, para que realmente possuam caráter vinculante, diante de nossa cultura jurídica, diversa do *common law*, de pouca familiaridade com os precedentes, é imprescindível a existência de instrumento jurídico apto a revogar, com celeridade, a decisão judicial que os desrespeite, o qual, em nosso sistema, é a reclamação. Ocorre que o código facultou seu manejo apenas para resguardar a autoridade de parte dos precedentes do art. 927 do CPC¹⁰⁹, sendo forçoso reconhecer, logo, que em nosso ordenamento são vinculantes apenas os precedentes destacados no art. 988, quais sejam: enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Os demais precedentes mencionados no art. 927 do CPC (*e.g.*, súmulas do STJ), por exigirem que impugnação a decisão que os desrespeite siga a trilha recursal ordinária, não podem ser reputados vinculantes, mas sim quase vinculantes, possuindo eficácia

105. Conforme já visto (*supra*, item 1.4), a parte do precedente vinculante é a *ratio decidendi*.

106. Na lição de Aleksander Peczenik, afigura-se *error in iudicando* não seguir precedentes de cortes superiores, e tal falha costuma ser revertida em apelação (The binding force of precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 461). O tema será revisitado no item 3.1, *infra*.

107. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 46.

108. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

109. Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...) III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

intermediária¹¹⁰.

Os precedentes quase vinculantes não se equiparam, contudo, aos precedentes meramente persuasivos porquanto, a despeito de desafiar via recursal comum, possibilitam maior celeridade em seu julgamento, como, por exemplo, no processo civil o julgamento monocrático pelo relator, negando provimento a recurso contrário a súmula do STF/STJ, a acórdão proferido por esses tribunais em julgamento de recursos repetitivos, ou dando-lhe provimento, caso a decisão recorrida lhes seja contrária (art. 932, IV e V, do CPC)¹¹¹.

Retornaremos ao tema, central desta obra, no capítulo 4 (item 4.4 e seguintes).

1.5.2.1 Ratio decidendi dos precedentes vinculantes e (in)transcendência dos motivos determinantes

Como relembrado no item anterior, o elemento do precedente que possui caráter vinculante é a *ratio decidendi*, que, como já estudado (*supra*, item 1.4), não está localizado em porção determinada do *decisum*, devendo ser extraída de sua leitura global.

Essa doutrina, desenvolvida na tradição jurídica do *common law*, precisa ser compatibilizada com o direito pátrio.

De acordo com o art. 504, I, do CPC, não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”¹¹². Em consequência, entende-se fazer coisa julgada no ordenamento nacional o dispositivo da decisão judicial¹¹³. Essa conclusão é aplicável ao processo penal, *ex vi* do art. 3º do CPP.

Diante desse cenário, em uma primeira tentativa de harmonizar a doutrina dos precedentes judiciais com o direito processual nacional, ou seja, sustentar, com base em nosso ordenamento, que a *ratio decidendi* é a parte vinculante do precedente, esteja ou não em seu dispositivo, cunhou-se a teoria da *transcendência dos motivos determinantes*.

110. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 19-23; PESSOA, Thiago Simões. A reclamação como instrumento de unidade do direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 13, v. 20, n. 3, p. 580-582, set./dez. 2019.

111. O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), contém norma análoga: “Art. 593. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral ou pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo, o relator poderá dar provimento ao recurso. Havendo súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral ou pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo no mesmo sentido do acórdão recorrido, poderá conhecer do agravo para negar provimento ao recurso”.

112. Essa norma jurídica estava anteriormente inscrita no art. 469, I, do CPC/1973.

113. De lembrar-se que o CPC/2015 inovou ao disciplinar hipóteses em que a questão prejudicial também faz coisa julgada (§§ 1º e 2º do art. 503), descabendo neste estudo aprofundamento.

Nesse sentido, ao apreciar a Reclamação 1.987, o STF julgou que o efeito vinculante gerado por acórdão prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade transcendia o dispositivo da decisão, englobando os motivos determinantes do julgado (denominação empregada no acórdão que se refere, tecnicamente, à sua *ratio decidendi*)¹¹⁴.

Nesse julgamento ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, argumentando o primeiro que essa tese alargava excessivamente o acesso ao STF por meio da reclamação, com risco de inviabilizar o funcionamento da Corte.

Seu temor encontrou eco em julgamentos posteriores da Suprema Corte, de modo que a posição vencedora na referida reclamação fora posteriormente suplantada, pacificando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a égide do CPC/1973, no sentido de não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes¹¹⁵.

Ocorre que o CPC/2015 inovou sobre a questão, estabelecendo que a tese firmada em acórdão prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, bem assim em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência possuem caráter vinculante, dando azo ao manejo de reclamação (art. 988, § 4º)¹¹⁶.

Essa mudança legislativa impõe seja o entendimento do Supremo assentado

114. Eis a ementa do julgado: "RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.662/SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de sequestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o sequestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de sequestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente" (Rcl 1987, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 01.10.2003, DJ 21.05.2004, p. 33, Ement v. 02152-01, p. 52).

115. Cite-se, para ilustrar: "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ADI 1.851. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA. 1. A reclamação exige estrita aderência entre a decisão reclamada e o paradigma invocado, não servindo de sucedâneo recursal. 2. Na sistemática da Lei nº 8.038/1990 e do CPC/1973, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à adoção da teoria da transcendência aos motivos determinantes de suas decisões, impedindo o uso de tese jurídica para o fim de ajuizamento de reclamação constitucional. 3. Agravo interno desprovido" (Rcl 4090 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 26.05.2017, DJe-118 05.06.2017, Public 06.06.2017). Esse entendimento restritivo, porém, fora excepcionado pelo Supremo em casos envolvendo a liberdade de expressão ou de imprensa. Nessa toada: Rcl 22328, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 06.03.2018, com citação, no voto do relator, de inúmeros julgados no mesmo sentido.

116. Há também referência à "tese firmada" nos julgamentos de recursos repetitivos no art. 1.039.

revisado¹¹⁷. Nessa direção dispõe o Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”¹¹⁸.

1.5.2.2. Superprecedentes

Superprecedentes são aqueles profundamente arraigados no direito e na cultura, diuturnamente invocados e respeitados, não se cogitando de sua superação¹¹⁹.

Destacam-se nessa qualificação as decisões da Suprema Corte sobre direito constitucional. Gerhardt aponta critérios para que uma decisão possa ser reputada superprecedente: a) tempo prolongado de vigência; b) repetidas citações com a aprovação de autoridades públicas; c) ampla aceitação social; d) reconhecimento amplo das cortes de justiça como firmemente estabelecidos, sem necessidade de serem revisitados¹²⁰.

Nesse sentido, podem ser citados como superprecedentes do direito estadunidense, os quais constituem verdadeiras bases desta sociedade, sendo estudados mundo afora, *Marbury v. Madison* (1803); *Brown v. Board Education* (1954); *Miranda v. Arizona* (1966), os quais, a despeito de não serem irrevogáveis, para tanto exigirão profundas mudanças sociais¹²¹.

117. MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo Novo Código de Processo Civil. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 853-858. Ao que parece, o STF caminha nessa direção. Realmente, em voto prolatado como relator no Agravo interposto na Reclamação n. 22418 (j. em 07.02.2017), o Min. Luiz Fux ressaltou: “Oportuno consignar ainda que não se trata de aplicação da teoria dos motivos determinantes advindos das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, precipuamente diante da novel dicção trazida pelo art. 988, § 4º, do CPC/2015. Sobre essa questão, o atual Código de Processo Civil inovou ao permitir o cabimento de reclamação para “*garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*” (inc. III, do art. 988), quando houver “(...) a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam” (§ 4º, do art. 988). Ocorre que, *in casu*, encontram-se óbices à aplicação do aludido preceito: (i) por não haver motivo determinante da ADI julgada a ser resguardado por esta reclamação, na medida em que a prioridade absoluta ou não do crédito alimentar não foi tratada na ação de controle concentrado apontada como paradigma, como assinalado; e (ii) pelo fato de o ajuizamento deste processo ter se dado anteriormente à entrada em vigor do atual CPC, a impedir a aplicação da novel norma processual ao caso em apreço (...). De tal sorte, os parâmetros firmados por esta Corte para conhecimento da reclamação devem se manter hígidos neste caso, cabendo instaurar a rediscussão sobre essa matéria apenas diante de nova provocação a partir da vigência da nova ordem processual instaurada. Apenas assim as partes poderão contribuir para o debate, será possível a reflexão sobre a ampliação dos limites trazidos pelo CPC de 2015, de modo a garantir um contraditório substancial acerca da matéria evitando-se a decisão surpresa”.

118. Em sentido contrário, sustentando ser inaplicável em nosso ordenamento a transcendentalização dos motivos determinantes: BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 24-49.

119. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008, p. 177.

120. *The power of precedent*. *Op. cit.*, p. 182.

121. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. *Op. cit.*, p. 46.

Com efeito, o primeiro reconhece o poder da Suprema Corte de declarar normas inconstitucionais, ou seja, seu papel de guardião da Carta Política, sendo considerado um dos pilares do direito constitucional estadunidense¹²².

O segundo julgou inconstitucional a segregação racial das escolas, configurando fundamental passo na luta pelo reconhecimento da igualdade de direitos civis entre negros e brancos¹²³.

O terceiro condicionou a validade de uma confissão extrajudicial à prévia informação ao detido de seus direitos, notadamente ao silêncio e à assistência de advogado, bem assim de que tudo o que disser poderá ser usado contra si no julgamento¹²⁴.

Já o precedente *Roe v. Wade* (1973)¹²⁵, que garantia o direito ao aborto, a despeito de confirmado pela Suprema Corte dezenas de vezes antes de sua recente superação (em 24.06.2022 no caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*)¹²⁶, nunca possuiu ampla aceitação social, tampouco de autoridades públicas dos três poderes, sendo constante alvo de movimentos sociais e propostas legislativas contrárias, não sendo, logo, considerado superprecedente mesmo antes de revogado¹²⁷.

O conceito de superprecedente, sem embargo, não é unânime na doutrina. Corrente diversa não o reconhece, considerando que é fruto de confusão entre os conceitos de *ser vs. dever-ser*, e *atual vs. necessário*¹²⁸.

Em relação ao primeiro equívoco, a ampla aceitação de um precedente não significa que ele não deve ser revogado, pois pode não ser uma decisão correta, como, por exemplo, as decisões pró-escravidão, como *Prigg v. Pennsylvania* (1842)¹²⁹.

O segundo equívoco conceitual apontado é entre aquilo que atualmente é mantido e o que necessariamente deverá ser mantido. Seria impróprio vaticinar o que no futuro deve

122. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/judicial-review_0.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

123. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

124. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

125. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

126. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

127. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent. Op. cit.*, p. 187. Especifica o autor que na história recente três presidentes norte-americanos se opuseram a esse precedente, e a maioria do Senado também o fez no ano de 2006.

128. BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: a response do Farber and Gerhardt. *Minnesota Law Journal*, Minneapolis, v. 90, p. 1.238-1.242, 2006. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=facpub>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

129. BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: a response do Farber and Gerhardt. *Op. cit.*, p. 1.242-1.243.

ou não ser admitido como justo ou injusto¹³⁰.

No direito pátrio, em que a cultura de respeito aos precedentes ainda está em formação, inexistem precedentes perenes, que poderiam ser considerados superprecedentes¹³¹.

1.6. FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES

Qual a razão de se seguir precedentes vinculantes? Almeja-se, ao aplicar um precedente, a plena efetividade dos dogmas da economia processual, duração razoável do processo, isonomia, segurança jurídica e confiança.

Em outras palavras, pretende-se seja o processo eficiente, mas sem vulnerar as garantias processuais. Insere-se, pois, a pesquisa dos precedentes judiciais no estudo da ponderação *eficiência e garantismo*¹³².

Como já tivemos oportunidade de assentar, inspirados em Scarance Fernandes,

dois direitos fundamentais avultam no processo penal: liberdade e segurança (art. 5º, *caput*, da CF). O procedimento penal, a fim de alcançar resultado que possa ser reputado justo, deve contemplar a efetivação de ambos, ou seja, atender tanto à *eficiência* quanto ao *garantismo*¹³³.

Passa-se a analisar cada um dos fundamentos supracitados.

1.6.1. Economia processual e duração razoável do processo¹³⁴

O princípio da *economia processual* “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”, ou seja, “equilíbrio do

130. BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: a response do Farber and Gerhardt. *Op. cit.*, p. 1.244-1.249.

131. Renato Xavier da Silveira Rosa também entende que essa classificação seria imprópria no direito pátrio, já que aqui também seria inidôneo falar-se em superleis ou supernormas. *Precedentes no processo civil brasileiro*: valorização e efetividade. *Op. cit.*, p. 82.

132. Esses conceitos, apresentados por Scarance Fernandes, já foram estudados em nosso *Prova emprestada no processo penal* (Curitiba: Juruá, 2016, p. 51-54), a que nos reportamos para análise mais acurada. Sintetizando o exposto no trabalho referido, cabe asseverar que para mencionado processualista, garantismo “no processo penal representa a efetivação do devido processo legal, nos prismas subjetivo e objetivo: como garantias das partes, essencialmente o acusado, e como garantias do justo processo” (Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 10). Distingue também Scarance Fernandes os vocábulos *eficiência*, *eficácia* e *efetividade*: “eficiência é a ação, força, virtude de produzir um efeito; eficácia é a qualidade ou propriedade de produzir o efeito desejado, de dar um bom resultado; efetividade é a qualidade daquilo que se manifesta por um efeito real, positivo, seguro, firme, que mereça confiança” (*Ibidem*, p. 17).

133. *Prova emprestada no processo penal*. *Op. cit.*, p. 51-52 (grifos constantes do original).

134. Esses fundamentos já foram estudados em nosso *Prova emprestada no processo penal*. *Op. cit.*, p. 49-54, ao qual nos reportamos para abordagem mais ampla.

binômio custo-benefício”¹³⁵.

O dogma constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII, da CR)¹³⁶, consoante já pontuamos outrora, busca

trazer o equilíbrio a dois polos: o processo não pode ser exageradamente rápido, o que redundaria no atropelo das garantias fundamentais (recorde-se, por exemplo, dos ‘julgamentos’ sumários feitos pelos líderes de organizações criminosas de ‘infracções’ de seus integrantes, ou mesmo daqueles efetuados em Estados totalitários), tampouco demorado demais, a ponto de agravar sobremaneira a situação do imputado¹³⁷.

À primeira vista, pode parecer que no processo penal um sistema de precedentes pouco contribuiria para a maior eficácia desses princípios, tendo em vista a necessidade de dilação probatória, mas conclusão nessa direção seria equivocada¹³⁸.

Por primeiro, as ações penais em que se pleiteia a condenação de alguém pela prática delitiva (ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas; ações penais privadas) não são as únicas espécies, lembrando-se das ações constitucionais de *habeas corpus* e mandado de segurança em matéria criminal, nas quais via de regra a prova é pré-constituída e em muitos casos envolvem apenas questões de direito. Essas, em um sistema de precedentes vinculantes, teriam sem sombra de dúvida solução mais rápida (o mesmo se podendo dizer das *revisões criminais*), e muitas delas deixariam inclusive de ser ajuizadas se houvesse cultura de respeito aos precedentes no Poder Judiciário, desde a primeira até a instância extraordinária.

E mesmo no tocante às ações penais públicas ou privadas, o sistema de precedentes vinculantes poderia também trazer substancial economia.

Deveras, mesmo em questões exclusivamente de direito (se a atenuante pode ou

135. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79.

136. Essa garantia, inscrita na CF pela EC 45/2004, foi inicialmente prevista pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma) – art. 6º, § 1º e art. 5º, § 3º –, e posteriormente também pela Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*) – art. 8.1 e art. 7.5.

137. *Prova emprestada no processo penal*. *Op. cit.*, p. 51. No mesmo sentido, a ensinança de Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró: “(...) o processo que se prolonga indevidamente conduz a uma *distorção de suas regras de funcionamento*, e as restrições processuais dos direitos do imputado, que são sempre precárias e provisórias, já não estão mais legitimadas (...). Contudo, não se pode cair em um outro extremo, no qual a duração do processo é abreviada (aceleração antigarantista) não para assegurar esses direitos, senão para violá-los” (*Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 131, grifos constantes do original). Rogério Lauria Tucci reputa inaceitável demora desarrazoada na finalização do processo penal, arrematando que “o imputado tem, realmente, direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209).

138. A pouca importância outorgada à doutrina, na seara penal, à teoria dos precedentes judiciais, não é percebida apenas direito pátrio. Na Itália, Alberto Cadoppi lamenta que os doutrinadores da área penal parecem insensíveis ao tema (Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano. *L’indice Penale*, Padova, v. 1, n. 1, p. 57-100, jan./abr. 1998, p. 58).

não reduzir a pena aquém do mínimo legal; qual o juízo competente para processar e julgar crime de latrocínio, e.g.¹³⁹), a pacificação de determinado entendimento redonda maior fluidez e simplificação na arte de julgar, inclusive em primeira instância¹⁴⁰, e inibe a interposição de recursos, acarretando (considerando o caminho até o trânsito em julgado da decisão) menor dispêndio de tempo e recursos econômicos.

Mas não é só. Pense-se, por exemplo, em determinado precedente que estatua ser prescindível, para a prova da qualificadora de escalada, presente no crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, II, terceira figura), a realização de exame pericial. Precedente desta natureza evitaria prova desta sorte fosse produzida em todos os processos que tratassem desta temática, com notável economia processual.

Em suma, um sistema de precedentes vinculantes, que por sua natureza apenas pacificam questões de direito (múltiplas em direito processual penal), em muito contribuiria para a maior efetividade dos dogmas da economia processual e duração razoável do processo, em todas as espécies de processo penal.

Como arremata Benjamin Cardozo, o trabalho dos juízes aumentaria quase até o limite do insuportável se cada decisão passada pudesse ser rediscutida em cada caso, e ninguém pudesse assentar sua própria fileira de tijolos sobre as seguras fileiras construídas pelos predecessores¹⁴¹.

Sem embargo, consoante adverte Neil Duxbury, o emprego de precedentes como atalhos não deixa de ter seus riscos. Uma Corte pode concluir muito rapidamente pela incidência de um precedente, falhando em discernir que o presente caso difere significativamente do anterior ou envolve a análise de questões mais profundas¹⁴². Enfim, o emprego do precedente não subtrai a responsabilidade do julgador da análise detida de cada caso levado à sua apreciação.

1.6.2. Isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança

Valor caro à *common law* é o de que casos semelhantes devem ser tratados igualmente¹⁴³.

139. Matérias objeto atualmente da Súmula 231 do STJ e Súmula 603 do STF, respectivamente.

140. Consoante pontua Bryan A. Garner, o passado ensina lições valiosas. A doutrina dos precedentes é uma maneira de acumular e transmitir o aprendizado de gerações passadas, uma fonte de sabedoria mais rica que aquela que pode ser encontrada em qualquer juiz individualmente considerado ou mesmo grupo de juizes (GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent.* *Op. cit.*, p. 9).

141. CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process.* New Haven: Yale University Press, 1921, p. 149.

142. *The nature and authority of precedent.* *Op. cit.*, p. 26.

143. GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent.* *Op. cit.*, p. 21.

A igualdade, direito universal, em nosso ordenamento constitui direito fundamental (art. 5º, *caput*), imposto não só aos particulares, mas a todos os poderes estatais, entre os quais o Judiciário. Configura, pois, baliza para aplicação da lei, sendo ilícita distinção, feita no exercício da jurisdição, de qualquer natureza que não possua supedâneo no ordenamento jurídico, sistematicamente interpretado¹⁴⁴.

Consoante obtempera Marinoni,

(...) o tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam e impõem o tratamento desigual. Porém, são rechaçadas possíveis discriminações gratuitas (...) ¹⁴⁵.

O respeito ao princípio da igualdade, no exercício da jurisdição, não contempla apenas a garantia de tratamento isonômico processual das partes (paridade de tratamento ou de armas), mas também o mérito da causa, configurando, portanto, violação a esse postulado causas semelhantes serem decididas de modo substancialmente diverso¹⁴⁶.

A igualdade perante a lei afigurar-se-ia uma farsa se o direito fosse sujeito a casuísmos, pois seria apenas formalmente o mesmo direito que seria aplicado a múltiplos casos análogos. A garantia da igualdade exige uniformidade de aplicação do direito¹⁴⁷.

No sistema do *civil law*, erigido sob o primado da lei, de natureza abstrata e geral, que traz em seu bojo, hodiernamente, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁴⁸, natural que sua interpretação não seja unívoca, mas sim variada, com leituras muitas vezes inclusive contraditórias¹⁴⁹.

144. MARTINS, Leonardo. Comentário ao art. 5º, *caput*. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 223.

145. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 111.

146. MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2017, p. 53; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Precedentes no novo CPC: conseguiremos construir essa cultura? In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 897-900.

147. BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 488. Como aduz Eduardo Neves Lima Filho, inspirado em MacCormick, "o compromisso de igualdade perante a lei e a promessa de comprometimento com o Estado de Direito trazem consigo promessas de consistência e coerência na tomada de decisões judiciais, o que ganha força pela observância à teoria dos precedentes" (*O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 167). Na ensinança de Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf, "o *casuismo judiciário* pode ser verificado em diversas situações, como nas decisões em que os magistrados aplicam princípios, sem nenhum rigor científico, bem como quando eles mesmos criam novos princípios, a partir da *abertura interpretativa* trazida pela Constituição de 1988 (*pan-principiologismo*). Os casuísmos judiciários produzem julgamentos conforme a consciência do juiz, o que prejudica o caráter geral e universal do Direito, além de contrariar a razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito" (*Casuísmos judiciários e precedentes judiciais*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 248, p. 316, out. 2015, grifos constantes do original).

148. Os conceitos de *hard cases*, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são apresentados no item 3.2, *infra*.

149. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. *Op. cit.*, p. 39. Conforme pondera Thaís Cruvinel Moretti, "um certo grau de divergência jurisprudencial, por um determinado período de

Superado está, assim, o ideal da Revolução Francesa de que as leis deveriam ensejar, dada sua clareza, apenas uma interpretação, configurando o juiz mero “boca da lei” (*bouche de la loi*)¹⁵⁰.

A possibilidade de interpretações múltiplas é aceita inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admite a ação rescisória “por ofensa a literal disposição de lei¹⁵¹ quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343), ou recurso extraordinário quando foi dada “razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor” (Súmula 400).

O tema também se liga à garantida de independência funcional do magistrado (art. 41 da LOMAN), um dos pilares do Estado de Direito.

A despeito de ser próprio de um sistema democrático, quando da promulgação de uma lei, discussões diversas acerca de sua melhor interpretação, porquanto pensamento único apenas existe em regimes totalitários¹⁵², não menos correto ser salutar que essas discussões caminhem para uma resolução, e não perdurem indefinidamente, pois, como já consignado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira há décadas, “ninguém fica seguro de seu direito ante jurisprudência incerta”¹⁵³.

Fenômeno muito criticado, aliás, é o da *jurisprudência lotérica*¹⁵⁴, ou seja, o resultado de determinada demanda depender exclusivamente da circunstância meramente acidental de ser distribuída para este ou aquele órgão julgador¹⁵⁵.

tempo e mantidas as mesmas circunstâncias históricas, não somente se mostra essencial para maturação da matéria controvertida, como também contribui para a qualidade da resposta a ser dada pelo Poder Judiciário ao caso concreto” (*A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, p. 78).

150. O assunto será abordado com maior profundidade oportunamente (*infra*, item 3.2).

151. O art. 485, V, do CPC/1973, que prescrevia caber ação rescisória por violação literal a disposição legal, corresponde ao atual art. 966, V, do CPC/2015, que reza caber esta espécie de ação por violação manifesta de norma jurídica.

152. Em sentido análogo, a doutrina de Rodolfo de Camargo Mancuso: “fatores diversos, sócio-econômico-culturais e mesmo políticos, induzem a virtualidade do dissídio interpretativo acerca de uma norma – no tempo e no espaço – e isso, assim em seu conteúdo (extensão-compreensão), como em face de sua higidez técnico jurídica (validade formal) e, ainda, no tocante à sua aplicabilidade *in concreto*” (*Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 198).

153. REsp 14.945/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 17.03.1992, DJ 13.04.1992, p. 5.002.

154. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 786, p. 110-114, abr. 2001. Em outro texto, escrito em coautoria com Renê Francisco Hellman, Eduardo Cambi utiliza o termo *jurisimprudência* para se referir à “proliferação de julgamentos conforme a consciência, viradas jurisprudenciais rotineiras, desrespeito à lei e aos precedentes judiciais” (Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e segurança jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 231, p. 360, maio 2014).

155. Consoante pontua Michele TARUFFO, “L’uniformità nella interpretazione e nell’applicazione del diritto costituisce da molto tempo un valore fondamentale (si potrebbe dire addirittura: un oggetto del desiderio) presente in pressochè tutti gli ordinamenti, che tentano in vario modo (...) di realizzarlo nella più ampia misura possibile” (Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 251). Em tradução livre: “A uniformidade na interpretação e aplicação do direito constitui há muito tempo um valor fundamental (poder-se-ia afirmar: um objeto de desejo) presente em quase todos os ordenamentos jurídicos, que

Ora, os tribunais são vocacionados justamente a uniformizar a jurisprudência, ferramenta destinada a tornar realidade a *segurança jurídica*, valor primordial de nosso ordenamento¹⁵⁶.

Com efeito, a segurança é valor fundante de nossa República, sendo prevista no Preâmbulo de nossa Carta Política como valor supremo¹⁵⁷, e elencada como direito fundamental no *caput* do art. 5º. De diversos incisos desse dispositivo constitucional é possível inferir a tutela constitucional da segurança jurídica, quais sejam, II (princípio da legalidade), XXXVI (direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), XXXIX (legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável)¹⁵⁸, não se olvidando que a Constituição Federal também confere ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça a tarefa de pacificar a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, respectivamente (arts. 102, III e 105, III)¹⁵⁹.

A segurança jurídica possui uma dimensão objetiva (previsibilidade e estabilidade) e outra subjetiva (proteção da confiança).

Por previsibilidade se compreende a possibilidade de se conhecer não apenas as normas jurídicas de regência de determinada matéria, mas também a interpretação que lhes é conferida pelo Poder Judiciário, ou seja, devem ser previsíveis não apenas as normas legais, mas também as decisões judiciais^{160/161}.

tentam de diversas maneiras (...) realizá-lo na medida mais ampla possível". O CPC/2015, com a instituição do sistema precedentalista, teve por fito justamente coibir o fenômeno da jurisprudência lotérica (GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 491-519).

156. Assim já se pronunciou o Min. Humberto Gomes de Barros: "O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós, os integrantes da Corte, não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la" (AgRg nos EREsp 228.432/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, j. em 01.02.2002, DJ 18.03.2002, p. 163).

157. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 236.

158. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 97; SERRA JÚNIOR, Marcus Vinicius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, p. 144-145, abr./jun. 2017.

159. MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. *Op. cit.*, p. 52. Lembra Michele Taruffo que nos ordenamentos jurídicos ocidentais a função nomofilática é atribuída mormente às Cortes Supremas (Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. *Op. cit.*, p. 252-256).

160. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 98-102; SERRA JÚNIOR, Marcus Vinicius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Op. cit.*, p. 146-147.

161. Antonio Magalhães Gomes Filho destaca que é "por meio da motivação das decisões que se garante outro valor jurídico e político estreitamente ligado à legalidade: a *certeza do direito*" (*A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73, grifos constantes do original). E continua: "Disso decorre ainda a extraordinária

No sistema do *common law*, em que há o primado dos precedentes judiciais, não se costuma, ao abordar o tema previsibilidade, tratar das normas legais, havendo referência apenas aos precedentes judiciais¹⁶².

Para se ressaltar a importância dos precedentes na compreensão de determinado ordenamento jurídico, imagine-se que um estrangeiro, imbuído do propósito de conhecer o direito processual penal pátrio, se contentasse em apenas ler o nosso Código e Constituição Federal. De pronto qualquer bacharel recém-formado seria capaz de lhe dizer que essas fontes seriam deveras insuficientes, sendo imprescindível, no mínimo, o estudo, além da legislação, das súmulas dos tribunais superiores sobre a matéria, e isso para responder a questões processuais mais básicas, como, por exemplo, como é regulado período de suspensão do prazo prescricional com fulcro no art. 366 do CPP, o qual, nos termos da Súmula 415 do STJ, é de acordo com o máximo da pena aplicada ao respectivo delito¹⁶³.

A previsibilidade é nota distintiva de um ordenamento jurídico sério, defendendo Marinoni que não se pode reputar jurídico ordenamento imprevisível¹⁶⁴.

Já estabilidade exige possua o ordenamento jurídico, incluídas as leis e decisões judiciais, continuidade por considerável período temporal¹⁶⁵.

Como explica Marinoni, determinado ordenamento pode ser previsível, dada sua cultura de respeito aos precedentes, mas instável, diante de frequentes revogações de

nária importância (...) dos *precedentes* judiciais e da motivação que os acompanha, pois pela análise da argumentação desenvolvida por juízes e tribunais é que se viabiliza aquele controle que permitirá prever a solução de casos idênticos ou análogos" (*Ibidem*, p. 75, grifos constantes do original).

162. Neil DUXBURY explica que previsibilidade não significa certeza, havendo possibilidades múltiplas de afastar o precedente judicial de acordo com as notas distintivas do caso concreto (*The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 160). O tema será abordado no próximo capítulo.

163. Neil MacCormick e Robert Summers afirmam, nesse sentido, que não há melhor maneira de compreender o coração de um sistema legal que indagar como ele trabalha com precedentes (*Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 1). Também para conhecer o conteúdo dos direitos fundamentais previstos em determinado ordenamento, a análise dos precedentes a eles relativos mostra-se indispensável, máxime por suas normas serem marcadas por "elevado grau de indeterminação" e "alta sensibilidade à interferência de fatores cognitivos e ideológicos" (NOVELINO, Marcelo. O papel dos precedentes na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 38, n. 150, p. 144-145, abr./jun. 2017).

164. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 101. Critica o autor o ordenamento pátrio, aduzindo que "o sistema jurídico brasileiro, em tal dimensão [da previsibilidade], afigura-se completamente privado de efetividade, pois indubitavelmente não tem sido capaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas. Não obstante as normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal – respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de "afirmar" o sentido das normas constitucionais -, torna-se estarrecedor perceber que a própria missão de garantir a unidade do direito federal, atribuída e imposta pela Constituição ao Superior Tribunal de Justiça, é completamente desconsiderada na prática jurisprudencial brasileira. As decisões do Superior Tribunal de Justiça muitas vezes não são respeitadas no âmbito interno da Corte. Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelas Cortes Supremas" (*loc. cit.*).

165. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 103; SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Op. cit.*, p. 147-148.

precedentes¹⁶⁶.

Consoante adverte Neil Duxbury, uma Corte que frequentemente revogasse seus precedentes tornaria o sistema precedentalista motivo de “chacota”¹⁶⁷.

A proteção da confiança, a seu turno, traduz dimensão subjetiva da segurança jurídica, dando relevo às situações individuais¹⁶⁸. Eventual mudança do precedente não pode causar surpresa injusta (*unfair surprise*), traindo a legítima confiança do jurisdicionado no sistema¹⁶⁹.

No escólio de Toni M. Fine, a percepção, pela sociedade, de que a lei é aplicada pelos tribunais de modo consistente e equânime produz nos cidadãos grande confiança no sistema jurídico e no Poder Judiciário¹⁷⁰. O sistema de precedentes vinculantes contribui, portanto, para o fortalecimento institucional desse poder estatal¹⁷¹.

Ressalve-se, porém, como adverte Estefânia Maria de Queiroz Barboza, inspirada em MacCormick, que absoluta segurança jurídica é inatingível, sendo almejada a redução da insegurança a níveis aceitáveis¹⁷².

O Código de Processo Civil, que estatuiu verdadeiro sistema de precedentes vinculantes no direito pátrio, dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926, *caput*).

A fim de manter a estabilidade dos precedentes, preconiza que 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”

166. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. Op. cit., p. 103. O autor também critica nosso ordenamento, reputando-o não estável: “Não há como ter estabilidade quando os juízes e tribunais não se veem como integrantes do sistema, mas se enxergam como entes dotados de autonomia para decidirem o que bem quiserem. A estabilidade das decisões, portanto, pressupõe uma visão e uma compreensão da globalidade do sistema de produção de decisões, o que, lamentavelmente, não ocorre no Brasil, onde ainda se pensa que o juiz tem o poder de realizar a sua “justiça” e não para colaborar com o exercício do dever estatal de prestar a adequada tutela jurisdicional, para o que é imprescindível a estabilidade das decisões” (*loc. cit.*).

167. *The nature and authority of precedent*. Op. cit., p. 27. O termo empregado no original, e aqui livremente traduzido por chacota, é *mokery*.

168. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 107-108.

169. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 206, p. 74, abr. 2012. Como pondera Michael J. GERHARDT, a tutela da confiança exige sejam as regras transparentes, de modo que cada parte processual saiba de antemão o que precisa fazer no curso do feito (*The power of precedent*. Op. cit., p. 158).

170. FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 96, dez. 2000.

171. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 20-23.

172. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. Op. cit., p. 237.

(art. 926, § 4º)¹⁷³.

Dispositivos análogos contêm o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010)¹⁷⁴, a serem melhor estudados oportunamente (*infra*, capítulo 4).

Cabe destacar, finalmente, que a plena eficácia dos valores da isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança revela-se ainda mais importante na seara penal (tanto material como processual), que lida com bem dos mais caros à pessoa humana, qual seja, a liberdade¹⁷⁵.

1.6.3 Precedentes judiciais e separação dos poderes, princípio da legalidade, independência do juiz e rigidez do direito

Como já analisado (*supra*, item 1.3), o precedente judicial não possui apenas função declaratória do direito, mas constitutiva, sendo sua *fonte*, fenômeno que não implica invasão da tarefa típica de outro poder, pois nessa atividade o Poder Judiciário não cria lei propriamente dita, mas precedente judicial.

Nas palavras de Cappelletti,

os juízes estão constrangidos a ser *criadores do direito, law makers*. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente (...) essencial diferença entre o processo legislativo e jurisdicional¹⁷⁶.

Aliás, no ordenamento pátrio, o efeito vinculante de determinados precedentes é previsto na própria lei, como já visto (*supra*, item 1.5.2). O sistema de vinculação de precedentes judiciais, antes de configurar afronta à separação dos poderes, é fruto de disciplina do próprio Poder Legislativo¹⁷⁷.

Pela mesma razão não há qualquer ofensa ao princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF).

173. O estudo dos precedentes no Código de Processo Civil será feito no capítulo 4.

174. “Art. 599. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.”

175. Nas palavras de Cross e Harris, “*if ever there was a branch of the law in which uniformity was of the utmost importance, it is the criminal law*” (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 117). Em tradução livre: “se já houve um ramo do direito em que a uniformidade afigura-se de extrema importância, é o direito criminal”.

176. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 73-74, grifos constantes do original.

177. Como se verá (*infra*, item 1.7), o precedente judicial se situa em grau hierárquico inferior ao da lei.

O Poder Judiciário, ao editar precedentes vinculantes, nada mais faz do que racionalizar sua atividade típica de julgar, interpretando e aplicando a lei. Um precedente judicial pressupõe a existência de prévia lei, cuja interpretação é estabelecida pelo Poder Judiciário. Tanto não ofende a separação dos poderes o sistema de precedentes vinculantes que nada impede torne-se determinado precedente prejudicado, pela edição de lei posterior que altere ou revogue, total ou parcialmente, aquela que ensejou a prolação da decisão judicial vinculante¹⁷⁸.

Tampouco se pretende, em um sistema de precedentes judiciais vinculantes, colocar uma camisa de força no magistrado, tolhendo sua sagrada independência funcional (art. 41 da LOMAN)¹⁷⁹, impondo-lhe, como já se disse, uma “hermenêutica da submissão”¹⁸⁰.

Como se verá no capítulo 2, deparando-se o magistrado com caso que possuem notas distintivas daquele que deu ensejo ao precedente, diversas são as ferramentas disponíveis para afastar sua incidência.

Nessa toada, Neil Duxbury elenca como a principal virtude da doutrina do *stare decisis* não ser ela absoluta, autorizando ao magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso em julgamento, não aplicar o precedente invocado¹⁸¹.

Como explica o autor, a doutrina dos precedentes requer que decisões anteriores sejam respeitadas como guia para o julgamento do caso presente, mas não exige que juízes mantenham posições antiquadas e tampouco repitam erros de seus predecessores¹⁸².

O que o sistema de precedentes busca evitar é a figura do “juiz revolucionário”, que insiste em não se curvar ao entendimento prevalecente, ficando o jurisdicionado à mercê de entendimentos diversos, embasados apenas no subjetivismo de cada julgador¹⁸³. Como

178. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 16.

179. É esse o teor da crítica de Dalmo de Abreu DALLARI às súmulas vinculantes (*O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72-76).

180. A expressão fora empregada por Marcelo Semer (Enquanto STF se eleva, outros tribunais são esmagados. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jan-17/enquanto_stf_eleva_outros_tribunais_sao_esmagados>. Acesso em: 28 jan. 2019). Consoante pondera José Raul Gavião de Almeida, “a vida é um rico e constante transformar impedindo imobilizá-la em tipificação fática. Mudados os fatos ou ingressando nuances a distinguir as hipóteses, seja a norma do congressista ou de ministros, o juízo de Justiça não será o mesmo – *minima discrepantia facti, maxima discrimina juris*. Não há se falar, pois, em engessamento do Poder Judiciário” (A súmula vinculante e a responsabilidade civil. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 168).

181. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 160. Sobre o conceito de *stare decisis*, v. *infra*, item 3.1.

182. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 183.

183. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. *Op. cit.*, p. 45. Consoante esclarece Bruno Cavalcanti Angelin Mendes, “o juiz e os demais órgãos do Poder Judiciário devem ser vistos como elementos integrantes de um sistema, o qual deve funcionar harmonicamente para que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo” (*Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 92).

aduz Marina Gascón Abelán, o sistema precedentalista constitui uma garantia de atuação não arbitrária dos órgãos jurisdicionais¹⁸⁴.

De fato, uma vez sedimentado determinado assunto em precedente vinculante, cessa, sobre esta questão de direito, a liberdade de julgar de forma diversa do juiz, sendo-lhe facultado apenas, utilizando as ferramentas a serem estudadas no capítulo 2, concluir legitimamente que o caso concreto não se subsome ao precedente vinculante debatido, afastando sua incidência¹⁸⁵.

Todavia, não é essa a concepção que possuem grande parte dos juízes. Pesquisa de 2018 encomendada pela Associação de Magistrados Brasileiros revelou que, dos juízes de primeiro grau em atividade entrevistados, 51,8% acreditam que deveriam poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes. Assim também pensam 51,3% dos magistrados em atividade no segundo grau de jurisdição. Até mesmo nos tribunais superiores, fonte primordial no direito pátrio dos precedentes vinculantes, 55% dos ministros entrevistados comungam desse entendimento¹⁸⁶.

Impende observar que mesmo em processo no qual incidente precedente vinculante, preservada está a plena liberdade do magistrado na valoração das provas e avaliação dos fatos, de acordo com seu livre convencimento motivado (art. 155 do CPP)¹⁸⁷.

O sistema de precedentes vinculantes também não engessa o direito. Realmente, o debate de novas ideias, diante de novo contexto social, político ou econômico, afigura-se não só adequado, mas necessário, nada impedindo (sendo muitas vezes recomendável) revejam os tribunais seus próprios precedentes¹⁸⁸.

Deveras, o ordenamento jurídico, sejam as leis ou os precedentes judiciais, por sua natureza, não é imutável, devendo sempre acompanhar a evolução social e atender aos

184. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Igualdade y respeto al precedente. *Derechos y Libertades – Revista del Filosofia del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid, v. 1, n. 2, p. 227, out./mar. 1993/1994.

185. Na ensinança de Jan G. Deustsch, “precedente é o mecanismo que capacita o juiz a resistir aos apelos de seus sentimentos e a transcender sua ideologia político-cultural pessoal (...)” (*Power and precedent: the role of law in the United States*. Lake Mary: Vendaplas Publishing, 2007, p. 57, em tradução livre). No original: “*Precedent is the mechanism that enables the judge to resist the demands of his or her own feelings, to transcend their personal version of cultural and political ideology (...)*”.

186. VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumnn. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação Paulista de Magistrados, 2018. Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019, p. 111-112 (resposta à questão n. 54).

187. Na lição de Marcelo Novelino, “a divisão racional de atribuições permite valorizar as capacidades institucionais de cada órgão jurisdicional conforme sua vocação para proferir decisões voltadas à justa solução do caso concreto ou à formação de precedentes” (O papel dos precedentes na concretização dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 145).

188. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. *Op. cit.*, p. 44. Como já aconselhou Mário Guimarães, em meados do século passado, deve a magistratura acatar a jurisprudência, mas sem a ela se escravizar, acolhendo doutrinas novas quando convier (*O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 328).

anseios atuais da sociedade¹⁸⁹.

Ressalte-se que muitas dessas mudanças, seja em textos legais ou na jurisprudência pátrias, foram iniciadas em primeiro grau de jurisdição, onde comumente vicejam os novos debates, sem que se possa dizer que os então julgamentos inéditos tenham afrontado a lei vigente; antes, deram aos fatos nova e mais justa roupagem jurídica, como ocorreu com a proteção dispensada à união estável (antigo concubinato), que para merecer tutela estatal passou a ser reputada uma sociedade de fato¹⁹⁰. A fenômenos análogos estão sujeitos os precedentes judiciais.

Outra maneira pela qual os juízes de grau inferior poderão estimular alterações no conteúdo de precedentes judiciais vinculantes oriundos de órgãos de hierarquia superior é a denominada *concordância crítica*, ou seja, adotar o precedente, com ressalva de seu ponto de vista pessoal, explicitando-o na decisão judicial¹⁹¹, prática já comum no direito brasileiro¹⁹².

O que se deve temer, pois, antes da estagnação do direito pelos precedentes vinculantes, é a do intérprete, como adverte Bernardo Augusto da Costa Pereira, porquanto a teoria dos precedentes já prevê instrumentos adequados para evitar sua rigidez excessiva. Seu desconhecimento, ou aplicação inadequada, é que pode levar a decisões equivocadas, como a que aplica um precedente a caso por ele não abarcado¹⁹³.

189. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 57.

190. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 35, p. 14, maio/jun. 2005. Teresa Arruda Alvim Wambier resume a evolução jurisprudencial acerca deste tema: "Houve épocas em que, finda a união, [a companheira] recebia um salário mínimo por mês, pelo tempo em que tinha durado a convivência, sendo, portanto, equiparada a alguém que prestava serviços sexuais, só podendo reclamar um reconhecimento de sociedade de fato se existisse entre o casal uma sociedade comercial, ainda que não devidamente constituída. Em seguida, passou-se a considerar que havia sociedade de fato entre concubinos, no concubinato puro, desde que comprovado o esforço comum. Aliás, esse entendimento, resultou na promulgação da Súmula 380, em 1964, mesmo que o companheiro fosse casado. Até que a Constituição Federal introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a figura da união estável, havendo, subsequentemente, leis disciplinando a matéria. Na verdade, fez a lei o que os juízes já vinham fazendo: de acordo com a mudança dos costumes, a companheira já vinha sendo tratada segundo padrões decorrentes do direito fundamental à dignidade humana" (A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC*: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 263-274).

191. PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira*: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 73. Definem Mayara de Carvalho e Juliana Coelho Tavares da Silva *ressalva de entendimento* como "a técnica específica de decisão, na qual o dispositivo está em conformidade com o precedente, mas a fundamentação é realizada segundo entendimento que pretende influir para revertê-lo (...). Tem aptidão, assim, para influir concretamente na reformulação de entendimentos sem interferir negativamente na segurança jurídica e na expectativa das partes" (Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros. In DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC*: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 769).

192. Discorda-se, portanto, de Manoel Pedro Ribas de LIMA, para quem "os precedentes sistematizam hermeticamente a atuação das instâncias ordinárias, exigindo destas uma atuação mecânica. Juízes monocráticos e tribunais de justiça veem-se obrigados tão-somente a aplicar acriticamente decisões dos tribunais superiores" (*Precedentes versus ponderação*: contradição interna do Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2018, p. 83).

193. *Os precedentes judiciais e a duração razoável do processo*: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 137.

Todavia, não se pode deixar de anotar, neste tópico, que a Lei 13.253/2016, que reformou o Código de Processo Civil/2015 antes de sua entrada em vigor, introduziu grave barreira à reanálise dos precedentes fixados pelo STF e STJ, podendo acarretar seu engessamento. Deveras, inadmitido recurso excepcional pelo tribunal de origem com base em precedente calcado em repercussão geral ou recurso repetitivo, essa decisão denegatória desafia apenas o agravo interno (art. 1.030, § 2º, do CPC). Em caso de desprovimento deste, nenhum outro reclamo é cabível. Ora, apenas as Cortes Superiores podem superar seus precedentes, de modo que a inexistência de qualquer outro recurso que permita revisitar decisão prolatada em regime de repercussão geral ou recurso repetitivo traduz “barreira praticamente intransponível, visando-se à perenização das decisões dos tribunais superiores (...)”¹⁹⁴. Alvitra-se, portanto, a reforma legislativa, com a previsão de cabimento de recurso em face desta última decisão, lembrando-se que o código aprovado previa o cabimento de agravo contra a decisão de inadmissibilidade do recurso excepcional, mesmo que tratasse de matéria já decidida em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo (art. 1.042 do CPC/2015, em sua redação original).

Cumpra ponderar que o Poder Legislativo deve eleger com parcimônia quais decisões judiciais configuram precedentes vinculantes, e os Órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela sua edição agir com cautela ao escolher as matérias de que serão objeto, especialmente diante da dimensão continental do Brasil e da conseqüente diversidade de realidades socioeconômico-culturais existentes em solo pátrio.

Como adverte Barbosa Moreira:

De certas normas todos reconhecem com facilidade que devem ser aplicadas do mesmo modo em todo território nacional; entre elas, sem dúvida, em linha de princípio, as normas constitucionais. Já com relação a outras, pode mostrar-se mais aconselhável dar espaço à porção menor ou maior de flexibilidade interpretativa, capaz de levar em conta variáveis regionais ou locais, a cuja luz também se justifique uma variação nas soluções. É o que sucede, por exemplo, com disposições legais que se valham de conceitos indeterminados – como “bons costumes”, “conduta desonrosa”, “elevado valor” e outros cuja concretização se sujeite à influência de fatores culturais dificilmente redutíveis à uniformidade, sobretudo em um país com as dimensões e as desigualdades do nosso¹⁹⁵.

194. VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dirlé. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 280.

195. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Op. cit.*, p. 15.

1.7. DESTINATÁRIOS DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES E SEU NÍVEL HIERÁRQUICO

À primeira vista, pode parecer que o precedente, por estabelecer qual a melhor interpretação de determinada(s) norma(s) jurídica(s), vincule apenas os órgãos do Poder Judiciário.

Não há dúvida, realmente, da existência dessa vinculação. Um precedente de Corte Superior (STF ou STJ), por exemplo, além de vincular a própria corte que o emitiu, é mandatório em relação aos órgãos judiciários de hierarquia inferior (Tribunais Estaduais, Regionais Federais, juízes de primeiro grau). Já um precedente de tribunal estadual, *v.g.*, não vincula tribunais de outros Estados, tampouco os superiores, mas apenas os magistrados dele integrantes.

Não se pode refutar, entretanto, que cristalizando a melhor interpretação de uma lei, vincula o precedente judicial todos os destinatários da própria norma legal dele objeto, os quais, diante de condutas variadas possíveis em razão das múltiplas interpretações da norma jurídica, devem pautar-se pela interpretação fixada no precedente vinculante.

Desse modo, conclui-se que os precedentes judiciais vinculam, além do Poder Judiciário, as pessoas físicas, jurídicas (sejam de direito público ou privado), tudo a depender do destinatário da lei interpretada pelo precedente judicial.

Aliás, a Constituição Federal, no que toca às ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e súmulas vinculantes, é clara em estabelecer a vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (arts. 102, § 2º e 103-A), não se olvidando que, no tocante às ações de controle de constitucionalidade referidas, também prescreve a eficácia “contra todos”¹⁹⁶.

O Código de Processo Civil, ao regulamentar o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos, dispõe que se versarem sobre matéria relativa à prestação de serviço público, “o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (§ 2º do art. 985 e inc. IV do art. 1.040).

E no tocante ao Poder Legislativo? Os precedentes judiciais vinculantes também o obrigam?

Primeiramente, dúvida não há de que, no exercício de atividades atípicas,

196. Em sentido análogo ao ora defendido, de ampla vinculação dos precedentes, BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. *Op. cit.*, p. 133-141.

notadamente administrativas, o Poder Legislativo é vinculado aos precedentes normativos, devendo, por exemplo, respeitar a Súmula Vinculante 13, que veda o nepotismo na nomeação de servidores.

O mesmo se diga quando o Poder Legislativo exerce função jurisdicional, como faz o Senado Federal ao julgar determinadas autoridades por crime de responsabilidade (art. 52, I e II, da CR)¹⁹⁷.

A indagação referente à compulsoriedade dos precedentes judiciais ao Poder Legislativo no exercício de sua atividade típica se liga à hierarquia dos precedentes judiciais¹⁹⁸.

Regra geral, precedentes judiciais não são leis em sentido estrito¹⁹⁹, situando-se em grau hierárquico inferior ao da lei, podendo, conseqüentemente, ser superado por lei posterior que discipline a matéria de modo diverso. Entendimento contrário violaria a separação dos poderes^{200/201}.

Como explicam Bankowski e McCormick, para todos os positivistas o precedente é uma fonte do direito subordinada à lei²⁰². Aplica-se, pois, a máxima *cessante ratione legis cessat lex ipsa*, ou seja, a superveniência de lei contrária ao estatuído pelo precedente subtrai seus efeitos vinculantes.

Nesta toada, a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao uso de algemas (Súmula Vinculante 11) poderia ser suplantada por lei que disciplinasse a matéria de modo diverso²⁰³.

197. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Op. cit., p. 142-144.

198. De lembrar-se que “em virtude da presença em um ordenamento jurídico de normas superiores e inferiores, este apresenta uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em *ordem hierárquica*” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Op. cit., p. 59, grifos constantes do original).

199. As normas legais são arroladas no art. 59 da Constituição Federal: emendas à constituição; leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

200. Explica Brasil Júnior que “o motivo é bastante simples e justificável. Os juízes têm, por função primordial, a aplicação da norma jurídica que, por competência constitucional, é editada pelo legislador. Desse modo, a eventual submissão dos órgãos legislativos à eficácia dos precedentes judiciais afastaria o exercício dessa função, impediria que o legislador alterasse a ordem jurídica e depositaria no judiciário o exercício de ambas as funções – criadora e aplicadora do direito –, com exceção de qualquer forma de controle. Essa ilação, no entanto, é inaceitável. No âmbito dessa interpretação, a eficácia vinculante de um precedente seria inconstitucional, pois implicaria a subtração da própria atividade legislativa” (*Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Op. cit., p. 142).

201. Nesse sentido, o Enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização de interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução de texto”.

202. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. Op. cit., p. 331.

203. Reza, nessa esteira, o art. 5º da Lei 11.417/2006, que regulamenta a súmula vinculante: “Art. 5º. Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício

De se registrar que o precedente vinculante que trata de matéria constitucional apenas pode ser revogado por emenda constitucional. Tendo por objeto norma infraconstitucional, pode ser revogado por norma do mesmo plano hierárquico²⁰⁴.

A regra geral enunciada, sem embargo, comporta ressalva. Declarando o Supremo Tribunal Federal determinada lei inconstitucional, não poderia o Poder Legislativo editar validamente outra lei com o mesmo conteúdo, a qual seria inevitavelmente inconstitucional²⁰⁵.

Factível, contudo, que determinado precedente judicial prevaleça sobre lei posterior que discipline a matéria de modo diverso. Brasil Júnior apresenta exemplo em que esse fenômeno ocorreu no direito pátrio, reputando ingênua a tese pura e simples de que a lei prevalece sobre precedentes sempre, pois “despreza a complexidade do raciocínio jurídico, enquanto possibilidades de ação argumentativa”. Veja-se:

O STJ tinha jurisprudência consolidada no sentido de afastar a necessidade de constituir capital para assegurar o cabal cumprimento da obrigação (conforme exigia o art. 602 do CPC [de 1973]), na hipótese de notória capacidade financeira do devedor. O Projeto de Lei n. 3.253, de 29.03.2004, alterou o CPC para incorporar a tese jurídica adotada pelo STJ. Esse projeto foi convertido na Lei n. 11.232, de 22.12.2005. Então, o precedente do STJ que não tinha efeito vinculante passou a ter a mesma força de incidência das leis, pois foi transformado em lei. Não obstante isso, antes mesmo da publicação da Lei n. 11.232/2005, o STJ aprovou, na Sessão de 25.05.2005 (DJ de 06.06.2005, p. 397), a Súmula 313, em sentido contrário ao seu próprio entendimento anterior. Nessa medida, o STJ passou a exigir a constituição do capital, ainda que o devedor tivesse notória capacidade financeira²⁰⁶.

A despeito de ser relevante o fenômeno citado, mostra-se anomalia do sistema, exceção que só confirma a regra geral de que no conflito entre a lei e o precedente aquela prevalece.

1.8. EFEITOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES E SUA MODULAÇÃO

Como é cediço, regra geral a lei é irretroativa, ou seja, seus efeitos projetam-se para o futuro (*ex nunc*). Não é outro o sentido do inc. XXXVI do art. 5º da CR, ao estabelecer que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”²⁰⁷.

ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

204. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 179.

205. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. *Op. cit.*, p. 144-146.

206. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. *Op. cit.*, p. 75.

207. Em relação ao direito penal, há regra especial inserida na Constituição Federal (art. 5º, XLII), e repetida no Código

Poder-se-ia, com base nessa premissa, cogitar-se que com os precedentes, outra fonte do direito, ocorre o mesmo. Sem embargo, fenômeno oposto é a regra na teoria geral dos precedentes vinculantes, ou seja, seus efeitos são retroativos (*ex tunc*)²⁰⁸.

Conforme ensina Ravi Peixoto, inspirado em Zimmermann e Jansen, a irretroatividade das leis funda-se na ampla liberdade que possui o legislador no processo legislativo, que não precisa fundamentar as razões pelas quais produz determinada lei. O exercício da jurisdição, a seu turno, não pode ser arbitrário, devendo ser fundamentado e calcado no direito positivo. O precedente, outrossim, quanto à permanência, é menos definitivo que uma lei, sendo mais facilmente modificável²⁰⁹.

Antes da edição de uma lei, o indivíduo, por desconhecê-la, não poderia ser compelido a agir de acordo com seus ditames, e ter seu comportamento por ela valorado, dando azo à sua responsabilidade em caso de desconformidade. Panorama deste *jaez* não seria compatível com a segurança jurídica, proteção da confiança e autonomia individual, já que não possui a pessoa a liberdade de escolha de conduta em vista de determinado regramento apenas futuramente vigente²¹⁰.

Fenômeno diverso ocorre em relação aos precedentes. Por se apoiarem no direito positivo, já em vigor quando da ocorrência dos fatos em julgamento, as partes conhecem as normas aplicáveis, a despeito de poderem ter dúvidas quanto ao seu conteúdo e alcance²¹¹.

Diante desse quadro, indaga-se se os efeitos do precedente são sempre *ex tunc* ou se haveria margem para alguma modulação, ou seja, limitação de sua eficácia temporal.

A tese de inadmissibilidade de modulação dos efeitos do precedente judicial tem por premissa a concepção de que a atividade jurisdicional possui mero papel declaratório, ou

Penal (art. 2º, parágrafo único): a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A lei processual penal segue a regra *tempus regit actum* (art. 2º do Código de Processo Penal), da qual decorrem duas implicações: a) irretroatividade da nova lei processual, com preservação dos atos realizados sob a égide da lei anterior; b) aplicação imediata da nova lei, à qual devem conformar-se os atos praticados a partir de sua entrada em vigor, inclusive de processos em curso (LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963. v. I, p. 83). O aprofundamento da questão desbordaria os lindes desta pesquisa.

208. Na ensinança de Humberto Ávila, “enquanto a lei se destina ao futuro, as decisões judiciais, em regra, vertem sobre o passado” (*Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 474).

209. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC/2015. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 921.

210. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. *Op. cit.*, p. 478.

211. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. *Op. cit.*, p. 475. Remansosa a jurisprudência enunciando o caráter retroativo dos precedentes judiciais: “(...) não há falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico proíbe apenas a irretroatividade da lei penal mais gravosa” (STJ, AgRg no REsp 1851174/BA, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 25.08.2020, DJe 02.09.2020).

seja, que o texto da lei é sempre unívoco.

Está atualmente, porém, superada a visão setecentista de que o juiz seria meramente “boca da lei” (*bouche de la lois*)²¹², sendo atualmente assente que a atividade do juiz hermeneuta tem natureza criativa, cabendo-lhe “a construção da solução do caso concreto, sendo o texto normativo uma das bases à decisão, mas não a única”²¹³.

Acresce que algumas normas podem ensejar interpretação literal em um sentido, mas sistemática em outro totalmente diverso, não sendo exagero asseverar ser raro que um texto, mesmo literalmente interpretado, possua apenas uma exegese.

Inúmeros exemplos poderiam ser mencionados, valendo se socorrer ao menos de um para ilustrar.

A Lei 11.343/2006 previu, em seu art. 57, tal qual o Código de Processo Penal à época (art. 394), o interrogatório como primeiro ato da instrução processual oral²¹⁴.

Ocorre que com a reforma de 2008 do Código de Processo Penal passou o interrogatório a ser o último ato instrutório (art. 400 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.179/2008), dando azo à discussão se essa alteração legislativa, por dar maior eficácia à ampla defesa e contraditório constitucionalmente consagrados, aplicava-se também à Lei de Drogas, ou, diante do princípio da especialidade, deveria permanecer incólume a norma dessa lei especial, além de outras com conteúdo análogo.

A solução a essa questão não é unívoca, sendo plenamente admissível a defesa dessas duas posições diametralmente opostas. A depender, porém, do teor do precedente fixado, poderia acarretar nulidade de todos os processos que seguiram orientação diversa, notadamente aqueles em que o interrogatório fora feito em primeiro lugar.

Esse problema bem revela como a regra geral de retroatividade dos precedentes deve comportar temperamentos, sendo mister que, em alguns casos, quando de sua edição, seja realizada a modulação de seus efeitos, em atenção à segurança jurídica e à proteção da confiança.

No concernente à referida *quaestio juris*, o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo que, pelo princípio da especialidade, deveria ser observado o art. 57 da Lei

212. O assunto será abordado com maior profundidade oportunamente (*infra*, item 3.2). Ademais, no item 1.3 sustentou-se ser o precedente judicial fonte do direito.

213. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 251. O autor aponta como defensor da concepção declaratória da atividade jurisdicional Chiovenda, elencando como pensadores da nova concepção (criativa) Josef Esser, Chaïm Perelman e Theodor Viehweg. Cross e Harris aduzem como partidários da primeira corrente no direito inglês Edward Coke, Mathew Hale e William Blackstone, e da segunda Jeremy Bentham (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. cit., p. 25-28).

214. Não cabe aqui discutir a natureza jurídica do interrogatório, se meio de prova ou de defesa. Análise da questão foi feita em nosso *Prova emprestada no processo penal*. Op. cit., p. 18-20.

de Drogas. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, julgou preponderar o princípio da ampla defesa sobre o da especialidade, devendo o interrogatório, também nos processos sob o rito da Lei 11.343/2006, ser realizado de acordo com o art. 400 do CPP²¹⁵.

Diante desse entendimento, o STJ acabou por estabelecer que o novo tratamento dado à matéria, em atenção à segurança jurídica, é aplicável apenas às instruções não encerradas nos procedimentos penais regidos por lei especial e somente a partir da publicação da ata de julgamento do HC 127.900/AM, ocorrida em 10.03.2016²¹⁶, preservando, assim, os processos cuja instrução já estava finda quando da aludida decisão da Suprema Corte.

Isso não quer dizer, todavia, que sempre que houver edição de um precedente deve-se excepcionar a regra geral, tampouco que sua aplicação em prospectiva se mostra a única solução possível.

Por primeiro, para que se excepcione a regra geral de sua retroatividade deve-se vislumbrar concreta possibilidade de quebra da segurança jurídica e de violação à confiança legítima. Em outras palavras, o precedente para ter seus efeitos modulados deve surpreender²¹⁷.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior classifica os precedentes, quanto à novidade da norma que anunciam, em: a) novo precedente em sentido não surpreendente; b) novo precedente em sentido diverso da concepção geral sobre a questão de direito; c) precedente revogador ou modificador da anterior orientação jurisprudencial²¹⁸.

De acordo com essa classificação, tem aptidão para surpreender a comunidade jurídica (conclusão a que se pode chegar de forma taxativa apenas com a análise concreta), os precedentes referidos nos itens 'b' e 'c'.

Ressalve-se que nem sempre deve ser modulado o precedente cuja *ratio decidendi* surpreende a comunidade jurídica. Imagine-se que, em um cenário nacional sem inflação, é vedada pela jurisprudência a correção monetária, salvo expressa disposição legal, por implicar enriquecimento sem causa. Ocorre que, a partir de determinado ano, inicia-se processo inflacionário, cada vez mais intenso. A questão, em meio a inflação corrosiva da

215. STF, HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, j. em 03.03.2016, DJe 03.08.2016.

216. STJ, 5ª Turma, HC 385.189/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 28.03.2017, DJe 05.04.2017.

217. Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que a modulação temporal de efeitos "conecta-se ao contemporâneo princípio da *não surpresa*, aderente ao sentido substancial do *devido processo legal*", positivado em nosso direito pelo art. 10 do CPC/2015 (*Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade. Op. cit.*, p. 595-596, grifos constantes do original).

218. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2. Série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 378-384.

moeda, chega ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos especiais impugnando acórdãos dos tribunais de justiça, todos unânimes a vedar a correção. O STJ, então, fixa tese em sentido diverso da concepção então vigente, decidindo que a correção monetária apenas recompõe o valor da moeda, e é devida em todos os casos, independentemente de previsão legal. Ora, esse precedente deve ter efeito retroativo, atingindo os fatos anteriores, especialmente os ocorridos a partir do início do processo inflacionário²¹⁹.

Outrossim, na ponderação dessa surpresa, com eventual modulação de efeitos, não deve haver solução padronizada. Adverte Humberto Ávila ser necessário

considerar um “arsenal de flexíveis consequências jurídico-prescritivas” (*Arsenal flexibler Rechtsfolgenaussprüche*), que podem, afastando os efeitos retrospectivos, abranger prazos ou regras de transição, excetuar o processo judicial precursor e os processos judiciais paralelos em andamento, apelar ao legislador para promover, com ou sem prazo, as mudanças necessárias ao retorno da constitucionalidade – e assim por diante²²⁰.

Importante, neste passo, analisar a modulação dos efeitos nos precedentes brasileiros, com destaque para o controle de constitucionalidade concentrado e súmulas vinculantes, lembrando-se, mais uma vez, que essa técnica difere da *prospective overruling*, ou seja, da modulação de efeitos quando da superação de determinado precedente²²¹, que será analisada oportunamente (item 2.5.1, *infra*).

No tocante às decisões definitivas das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), cujos efeitos são vinculantes e *erga omnes* (art. 102, § 2º, da CR; art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999)²²², cabe asseverar que no direito brasileiro a declaração de inconstitucionalidade implica nulidade do texto legal, ensejando sua eficácia *ex tunc*²²³.

Sem embargo, a incidência pura e simples dessa regra pode afrontar, em alguns

219. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2. Série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 400-401.

220. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. *Op. cit.*, p. 494.

221. MORETTI, Thais Cruvinel. *A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 95.

222. O mesmo ocorre com a arguição de preceito fundamental (art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999).

223. Na doutrina de Hely Lopes MEIRELLES, “tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Daí se segue que a sentença que declara a inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 344). O aprofundamento do assunto desborda os lindes deste estudo.

casos, a segurança jurídica e a proteção da confiança.

Até nos Estados Unidos da América, onde uma lei inconstitucional é considerada uma não lei, a Suprema Corte passou a aceitar, após a Grande Depressão do Século XX, a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade²²⁴.

No Brasil, mesmo antes da edição de normas legais a sufragar essa ferramenta, o Supremo Tribunal Federal limitou efeitos temporais de decisões declaratórias de inconstitucionalidade, autorizando a não devolução de gratificações declaradas inconstitucionais e preservando atos praticados por servidores públicos cujos cargos foram criados por leis inconstitucionais (STF, 2ª T., RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, j. em 10.08.1993, DJ 08.04.1994 e 1ª T., RE 78.209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. em 04.06.1974, DJ 11.10.1974, respectivamente)²²⁵.

Atualmente, como se sabe, é legalmente prevista a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado. Os arts. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999 estabelecem que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (...) e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

A modulação de efeitos no controle concentrado, conforme Jorge Miranda, visa a

adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; em última análise, destina-se a evitar que, para fugir a consequências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela existência de inconstitucionalidade. Todavia, encerra o risco de uma aproximação da atitude própria do legislador ou mesmo, de uma confusão entre o juízo jurídico e o juízo político²²⁶.

Caso concreto apreciado pelo Supremo Tribunal Federal já demonstrou o acerto desse pensamento. No julgamento da ADIn 2.240, em que se impugnava a constitucionalidade da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, o relator do caso, Ministro Eros Grau, reconheceu a inconstitucionalidade da norma, mas votou pela improcedência, a fim de preservar as situações consolidadas, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Apenas depois do voto do Ministro Gilmar Mendes, propondo a modulação dos efeitos da

224. MEIRELLES, Hely Lopes. *eHMandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Op. cit., p. 345. Cita o autor o pensamento de Thomas M. Cooley, para quem “the unconstitutional statute is not law at all”.

225. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 264-265.

226. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2, p. 389-390. A modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade é autorizada pela própria Constituição Portuguesa (art. 282º, n. 4).

decisão, é que retificou seu voto, e então o Tribunal julgou “procedente a ação direta, e, por maioria [vencido o Min. Marco Aurélio], ao não pronunciar a nulidade do ato impugnado, manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento”²²⁷.

Essa possibilidade de modulação, porém, não é imune a críticas, havendo duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas impugnando as normas ventiladas²²⁸.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal tem utilizado diuturnamente a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, aplicando analogicamente a norma do art. 27 da Lei 9.868/1999 também no controle difuso, como fez ao julgar incidentalmente, em autos de *habeas corpus*, inconstitucional a vedação de progressão de regime então estabelecida pela lei dos crimes hediondos²²⁹.

Como se extrai das normas supracitadas, a modulação dos efeitos possui dois requisitos: o primeiro, *formal*, exige votação de dois terços dos membros da Suprema Corte, ou seja, oito; o segundo, *material*, requer a presença de *razões de segurança jurídica* ou *excepcional interesse social*²³⁰.

Quanto ao momento da modulação, inicialmente o STF entendia que, não modulados os efeitos quando do julgamento da ação, a questão estaria superada, sendo eles *ex tunc*, não havendo qualquer omissão do julgado a ensejar o conhecimento de embargos de declaração para realizar a modulação, que se afigurava mera faculdade do tribunal²³¹.

A jurisprudência, porém, evoluiu, sendo considerado possível o manejo dos embargos a suprir essa omissão²³².

227. STF, Pleno, ADIn 2.240, Rel. Min. Eros Grau, j. em 09.05.2007, DJ 03.08.2007.

228. ADI 2.154, ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e ADI 2.258, pelo Conselho Federal da OAB, ambas pendentes de julgamento. Ravi Peixoto aponta também a doutrina de Ivo Dantas, para quem, com essa disciplina, ficaria autorizado, por legislação infraconstitucional, a perpetuação de inconstitucionalidades, subvertendo a hierarquia de nosso sistema, além de incentivar a produção de legislação inconstitucional (*Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 264).

229. “Decisão: o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de *habeas corpus* e declarou, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão” (STF, Tribunal Pleno, HC N. 82959-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.02.2006, DJ 04.09.2006).

230. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2.501.

231. Cite-se, para ilustrar: STF, ADI-ED 2.728, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 19.10.2006, DJe 05.10.2007.

232. Desse modo foi feito, v.g., no julgamento do RE 500.171, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da

De se anotar que a modulação dos efeitos, mesmo que não requerida por nenhuma das partes, configura poder-dever do Poder Judiciário de tutela dos princípios constitucionais da segurança jurídica e confiança legítima²³³.

Entretanto, a modulação dos efeitos deve ser decidida no próprio processo, e não posteriormente²³⁴. Discorda-se, assim, da posição de Ravi Peixoto, para quem a modulação poderia ocorrer por decisão feita em outro processo, em momento futuro²³⁵. Isso porque essa limitação de efeitos *a posteriori*, na realidade, implicaria modificação do precedente, ou seja, *overruling*, técnica diversa que possui disciplina própria (item 2.5, *infra*), não se confundindo com a presentemente estudada e insculpida nas normas já referidas²³⁶.

No que tange à súmula vinculante, terá efeito a partir de sua publicação no Diário Oficial (art. 103-A, *caput*, da CF; art. 2º, *caput*, da Lei 11.417/2006). Na forma do art. 4º da Lei 11.417/2006, “a súmula com efeito vinculante terá eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”.

Analisando esses dispositivos, Taís Cruvinel Moretti deduz que a eficácia da súmula vinculante seria em regra *ex nunc*, dada sua natureza constitutiva e em razão da segurança jurídica, motivo pelo qual a modulação de seus efeitos apenas serve para que ela se torne vinculante em momento posterior ao de sua publicação ou para que seja parcialmente vinculante²³⁷.

Discorda-se desse posicionamento, devendo também as súmulas vinculantes seguir a regra geral dos precedentes, possuindo, a partir de sua publicação, eficácia *ex tunc*,

ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos” (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, j. em 16.03.2011, DJe 03.06.2011).

233. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 329.

234. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. Op. cit., p. 2.501.

235. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 333-334.

236. No Brasil, porém, ainda pouco afeito à cultura dos precedentes, por vezes a modulação é realizada em processo posterior, e até mesmo por outra Corte, como ocorreu na supracitada definição do momento do interrogatório na lei de tóxicos (definida pelo STF) e posteriormente “modulada” pelo Superior Tribunal de Justiça. Aliás, o próprio STJ, em caso diverso e posterior, negou-se a realizar modulação desta sorte, assentando “que havendo divergência jurisprudencial entre o entendimento firmado pelo STJ e pelo STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, não há se falar em segurança jurídica, em estabilidade das situações já consolidadas nem em proteção ao princípio da confiança. Dessarte, inviável pugnar pela modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial nesta Corte, uma vez que a decisão que preservasse o entendimento anterior não estaria imune à tese consolidada pelo Pretório Excelso, haja vista a possibilidade recurso àquela Corte. [...] Não há falar em irretroatividade de interpretação jurisprudencial, uma vez que o ordenamento jurídico proíbe apenas a retroatividade da lei penal mais gravosa” (AgRg no REsp 1894560/PR, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 20.10.2020, DJe 26.10.2020).

237. *A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 171-173.

permitida a modulação de seus efeitos, consoante norma permissiva citada, que possui disciplina análoga à já estudada relativa ao controle concentrado de constitucionalidade²³⁸.

Deveras, a súmula vinculante, na classificação já exposta de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior²³⁹, pode ser não surpreendente, apenas cristalizando a jurisprudência já remansosa, não havendo, portanto, qualquer razão para que a regra seja a eficácia *ex nunc*.

Com relação aos demais precedentes do direito brasileiro, até a edição do CPC/2015 não havia norma expressa a possibilitar sua modulação, o que só ocorreu em sua entrada em vigor, prevendo o § 3º de seu art. 927 que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

O dispositivo possui relação direta com a técnica da superação dos precedentes vinculantes, a ser pesquisada oportunamente (item 2.5.1, *infra*), mas deve-se ponderar que suas razões, quais sejam, tutela da segurança e confiança, também podem estar presentes nas hipóteses em que há a criação de um precedente pelas Cortes Superiores, como nos casos em que, apreciando pela primeira vez uma matéria, inovam em relação ao que vinha sendo majoritariamente decidido pelas cortes inferiores.

Deve-se salientar, porém, que antes da edição da norma referida, insculpida no atual CPC, o Superior Tribunal de Justiça já resistiu a modular suas decisões judiciais, decidindo sua Primeira Seção, em embargos de divergência, que “salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados”²⁴⁰.

Sua 5ª Turma, porém, ousou inovar. Após decisão do STF que, em matéria processual penal, alterando sua pacífica jurisprudência anterior, decidiu ser o termo *a quo* de fluência do prazo ministerial a data da entrada dos autos em suas dependências, e não a do lançamento de seu “ciente” nos autos (*Habeas Corpus* 83.255/SP – Informativo 328), decidiu o STJ corretamente que esse precedente seria aplicável apenas a casos

238. No mesmo sentido: PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 597-601.

239. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2. Série. *Op. cit.*, p. 378-384.

240. EREsp 738.689/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. em 27.06.2007, DJ 22.10.2007, p. 187.

futuros^{241/242}.

Em síntese, os precedentes possuem em regra efeito *ex tunc*, podendo, porém, haver sua modulação em atenção aos princípios da segurança jurídica e tutela da confiança legítima quando sua edição surpreender, ou seja, inovar acerca da concepção então vigente.

1.8.1. Coisa julgada x precedentes vinculantes

A regra da retroatividade dos precedentes encontra limite na autoridade da coisa julgada²⁴³.

Se é certo, pois, que determinado precedente pode atingir fatos anteriores ao seu estabelecimento, inclusive processos em curso, não menos correto que, havendo coisa julgada material a regra inverte-se, ou seja, prevalece esta em relação ao precedente, *ex vi*

241. Eis a ementa do julgado: “*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO MINISTERIAL. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. APLICAÇÃO AOS CASOS FUTUROS. 1. De fato, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento plenário do *Habeas Corpus* 83.255/SP (informativo 328), decidiu que o prazo recursal para o Ministério Público conta-se a partir da entrada do processo nas dependências da Instituição. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, aderiu à nova orientação da Suprema Corte. 2. Não se pode olvidar, todavia, que o entendimento jurisprudencial, até então, há muito sedimentado no STF e no STJ, era justamente no sentido inverso, ou seja, entendia-se que a intimação pessoal do Ministério Público se dava com o “ciente” lançado nos autos, quando efetivamente entregues ao órgão ministerial. 3. Dessa maneira, constata-se que o Procurador de Justiça, nos idos anos de 2000, tendo em conta a então sedimentada jurisprudência das Cortes Superiores, valendo-se dela, interpôs o recurso dentro do prazo legal. 4. Não se poderia, agora, exigir que o órgão ministerial recorrente se pautasse de modo diverso, como se pudesse antever a mudança do entendimento jurisprudencial. Essa exigência seria inaceitável, na medida em que se estaria criando obstáculo insuperável. Vale dizer: depois de a parte ter realizado o ato processual, segundo a orientação pretoriana prevalente à época, seria apenas com o não-conhecimento do recurso, quando não mais pudesse reagir à mudança. Isso se traduziria, simplesmente, em usurpação sumária do direito de recorrer, o que não pode existir em um Estado Democrático de Direito, mormente se a parte recorrente representa e defende o interesse público. 5. Ordem denegada” (HC 28.598/MG, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 14.06.2005, DJ 01.08.2005, p. 480).

242. Ressalve-se, porém, que posteriormente, no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 403.153/SP, o próprio STJ decidiu ser retroativa essa nova regra, contrariando seu próprio precedente anterior e afrontando a segurança jurídica e proteção da confiança legítima que ele salvaguardara. Eis a ementa do julgado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO RECURSAL. TERMO A QUO. 1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que os prazos processuais para o Ministério Público começam a correr a partir da entrega dos autos no protocolo administrativo do órgão. (...). 2. Não pairam dúvidas de que esse entendimento é aplicável também aos recursos apresentados em momento anterior à sedimentação do posicionamento da Corte Especial, haja vista que é manifesto o conteúdo declaratório dos julgamentos, os quais não criaram nova regra acerca da tempestividade – fenômeno que deriva da edição de uma lei –, mas apenas procederam à interpretação de normas já vigentes. 3. Agravo regimental não provido” (AgRg nos EREsp 403.153/SP, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial, j. em 02.08.2010, DJe 23.08.2010).

243. Como obtempera Elio Fazzalari, “*res iudicata est* é a asserção dos romanos entendendo que o processo era findo e nada mais podia ser feito em juízo. Ainda hoje se fala de ‘trânsito em julgado’ (ou, se preferir, em ‘julgado’) da sentença não mais sujeita (...) a impugnação ordinária (...). Essa situação processual, imposta pela exigência de colocar fim à lide, envolve: a) que a sentença se torna ‘incontestável’ em juízo por obra das partes, dado justamente a sua carência de outros poderes processuais para prosseguir o processo ou para instaurar um novo sobre o mesmo objeto, obliterando a sentença já emitida (e não mais impugnável) (...); b) que, por conseguinte, se torna ‘intocável’ por assim dizer, por parte do juiz que a emitiu e por qualquer outro juiz (...)” (*Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 540-541, grifos constantes do original).

do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal²⁴⁴.

Cabe aquilatar, neste passo, se essa regra comporta exceções. Em outras palavras, pode o precedente em alguma hipótese prevalecer sobre a coisa julgada?

Um primeiro ponto de discussão é em relação aos precedentes relativos às decisões definitivas de ações de constitucionalidade, em controle concentrado ou difuso. Muito se discute na ciência do processo a seu respeito, indagando-se se é viável a manutenção da denominada coisa julgada inconstitucional.

No processo civil os debates a esse respeito foram mais intensos e estão mais evoluídos²⁴⁵. Abrindo um breve parênteses, porquanto o aprofundamento do assunto ultrapassaria os limites deste estudo, cabe elucidar que, de acordo com a disciplina do Código de Processo Civil, é “inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”, ensejando a oferta de impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 525, § 12; 535, § 5º).

Exige-se, para configuração da coisa julgada inconstitucional, e sua oposição mediante impugnação, que a decisão da Suprema Corte seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (art. 525, § 14).

Se posterior, cabe ação rescisória (arts. 525, § 15; 535, §§ 7º e 8º).

Por conseguinte, pela atual disciplina do Código de Processo Civil, não deve prevalecer a coisa julgada inconstitucional, desde que fundada em norma (ou interpretação) declarada incompatível com a Constituição pelo STF, seja em controle difuso ou concentrado.

244. Na ensinância de Cândido Rangel Dinamarco, “o mais elevado grau de imunidade a futuros questionamentos, outorgado pela ordem jurídica, é a autoridade da *coisa julgada material* (...). A própria Constituição a assegura (art. 5º, inc. XXXVI), primeiramente como afirmação do *poder estatal*, não admitindo que os atos de exercício de um poder que é soberano por natureza possam ser depois questionados por quem quer que seja. Tal é o primeiro significado da imutabilidade em que se traduz a autoridade da coisa julgada material. Nem outros órgãos estatais nem o legislador ou mesmo nenhum juiz, de qualquer grau de jurisdição, poderá rever os efeitos de uma sentença coberta pela coisa julgada e com isso alterar, a dano do vencedor, a situação concretamente declarada ou determinada por ela (...). Daí ela ser uma garantia constitucional, outorgada ao vencedor em benefício da segurança das relações jurídicas e intangibilidade dos resultados do processo. Sem a coisa julgada, tais resultados poderiam ser revistos sucessivamente e muito menor seria a utilidade social da jurisdição porque deixaria sempre o caminho aberto para o reacender de conflitos” (*Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I, p. 320, grifos constantes do original).

245. Podem ser referidos os estudos: ABOUD, Georges. Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. *Revista de Direito Privado*, a. 6, n. 23, p. 48-74, jul./set. 2005; BORGES, Gregório Cezar; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Coisa julgada inconstitucional: contornos em face da segurança jurídica. *Revista de Processo*, a. 38, v. 221, p. 87-115, jul. 2013; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, a. XXIV, n. 84, p. 145-167, dez. 2005; RACY, Vivien. Coisa julgada inconstitucional – uma interpretação acerca de sua flexibilização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 18, n. 73, p. 246-264, out./dez. 2010; RODRIGUEZA, Eduardo Andres Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 166, p. 95-111, abr./jun. 2005.

A forma de sua impugnação depende do momento de formação da coisa julgada. Se posterior à decisão do STF, desafia a oferta de impugnação em sua fase de cumprimento. Se anterior, ação rescisória²⁴⁶.

Dispositivos análogos continha o CPC/1973 (arts. 475-L, § 1º; 741, parágrafo único)²⁴⁷.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo (Tema 420), definiu seu alcance:

(...) 1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional.

2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.

3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou autoaplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo (...).

(Tema 420, REsp 1189619/PE, Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. em 25.08.2010, DJe 02.09.2010)²⁴⁸

246. A possibilidade de ação rescisória em face de decisão transitada em julgado antes do novo precedente não é imune a críticas, sendo reputada por parcela da doutrina inconstitucional. Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY dissertam: "(...) decisão do STF, *posterior* à ocorrência do trânsito em julgado da sentença ou acórdão, não pode servir de fundamento para o ajuizamento de ação rescisória por violação à CF ou à lei, quando o STF reconhece como inconstitucional norma jurídica que serviu de substrato à decisão transitada em julgado que se pretende rescindir. No momento em que transita em julgado decisão fundada em norma declarada *posteriormente* inconstitucional pelo STF, dá-se o *ato jurídico perfeito*, razão pela qual essa decisão está protegida pelas *três* garantias constitucionais fundamentais da CF 5º XXXVI: o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e a irretroatividade (da lei e da decisão judicial)" (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2.056, nota 35 ao art. 966, grifos constantes do original).

247. O novo CPC incrementou a disciplina, explicitando que a desconformidade com a Constituição deve ocorrer em controle difuso ou concentrado, exigindo, ainda, seja a decisão da Suprema Corte anterior à exequenda para desafiar a impugnação, possibilitando, caso seja posterior, o manejo de ação rescisória.

248. Estendendo a interpretação quanto ao art. 475-L, § 1º: AgRg no REsp 1331229/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 27.11.2012, DJe 05.12.2012.

Disciplina tão detalhada não possui o processo penal. O inc. I do art. 621 do CPP autoriza o ajuizamento de revisão criminal quando a decisão condenatória transitada em julgado for contrária a texto expresso da lei penal²⁴⁹. O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), por sua vez, pouco inovou a respeito, acrescentando a possibilidade de revisão também da sentença que impõe medida de segurança (art. 731, I), consagrando doutrina e jurisprudências remansosas a respeito. Silenciou por completo quanto à coisa julgada inconstitucional, e bem assim acerca da relação entre precedente e coisa julgada.

Todavia, sabe-se ser regra geral que as decisões definitivas em controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*²⁵⁰, de modo que não se concebe que sejam mantidos os efeitos de determinada condenação pautada em norma incriminadora julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa hipótese, viável o ajuizamento de revisão criminal ou de *habeas corpus* para desconstituição do julgado, sendo também possível a extinção da punibilidade, por inexigibilidade do título, pelo juízo da execução (art. 66, II, da LEP, c.c. arts. 2º e 107, III, do CP, em aplicação analógica das duas últimas disposições). Também seria impositivo que, em novo processo, fosse desconsiderada essa condenação anterior para efeito de reincidência, mesmo que não desconstituída.

Raciocínio análogo deve ser aplicado em relação a outras normas penais materiais, como a que estabelece causas de aumento de pena. Reputada inconstitucional, possível a revisão dos processos findos, ou mesmo o seu decote pelo juízo da execução, em aplicação analógica do art. 66, I, da LEP.

Os efeitos, portanto, da declaração de inconstitucionalidade de lei penal material são análogos aos de nova lei mais benéfica, seja ela *abolitio criminis* ou *novatio legis in melius*²⁵¹.

Sem embargo, o mesmo princípio que veda a revisão *pro societate* também impediria o agravamento da situação do réu beneficiado por norma declarada inconstitucional (que prevê, por exemplo, atenuante ou causa de diminuição). Se a lei penal material não retroage, salvo para beneficiar o réu, muito menos poderia um precedente fazê-lo (art. 2º do CP, analogicamente aplicado).

Os efeitos, por conseguinte, de declaração de inconstitucionalidade de lei penal

249. Explica Renato Brasileiro de Lima que o termo "lei penal" abrange a lei material, processual, afora a própria Constituição Federal (*Manual de processo penal*: volume único. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.860).

250. Item 1.8, *supra*.

251. Em sentido análogo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 32.

material mais benéfica são análogos aos de *novatio legis in pejus*²⁵².

Em se tratando, todavia, de precedentes em ações de constitucionalidade referentes a normas de caráter processual penal, sua ponderação com a coisa julgada deve ser analisada concretamente tendo em vista o conteúdo da norma julgada incompatível com a Constituição.

Dúvida não há, por exemplo, acerca da eficácia *ex tunc* da decisão que julgou inconstitucional a figura do juiz investigador, previsto pela Lei 9.034/1995, a possibilitar inclusive a revisão criminal de condenações com trânsito em julgado, em aplicação analógica do art. 621, I, do CPP, por ser norma que subvertia todo o sistema acusatório, tanto que não modulados seus efeitos²⁵³.

Impende analisar se os estudados efeitos de declaração de inconstitucionalidade incidem apenas nas hipóteses de controle concentrado ou também no difuso.

Classicamente o controle difuso é realizado incidentalmente em determinado processo, possuindo efeitos *inter partes*. O efeito *erga omnes* apenas seria produzido se editada pelo Senado Federal resolução suspensiva de sua execução (art. 52, X, da CR)²⁵⁴.

Sem embargo, a jurisprudência do STF tem evoluído para, em seus julgados pelo Pleno, equiparar os efeitos da declaração de (in)constitucionalidade, seja ela feita em processos objetivos (ações diretas) ou subjetivos (demais ações).

A discussão específica sobre o tema foi travada nos autos das ADIns 3.406 e 3.470, julgadas conjuntamente, decidindo o STF, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1955, com efeito vinculante e *erga omnes*²⁵⁵.

252. Nesse sentido, a posição de Alberto Silva Franco, que colaciona a doutrina de Américo Taipa de Carvalho, Rui Pereira e Túlio Padovani (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70-71).

253. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquiridor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 12.02.2004, DJ 22.10.2004, p. 04, Ement v. 2169-01, p. 46; RDDP n. 24, 2005, p. 137-146, RTJ, v. 192-03, p. 838).

254. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. Op. cit., p. 565.

255. ADIns 3470, Relª. Minª. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. em 29.11.2017, DJe-019 31.01.2019, Public 01.02.2019. Nesse julgamento, em relação a essa questão, ficou vencido apenas o Min. Marco Aurélio, que defende a natureza desconstitutiva da resolução do Senado Federal, reputando-a norma observadora da independência e harmonia entre

Mesmo antes desse debate específico, já declarara o STF a inconstitucionalidade de normas penais em sede de controle difuso, decisões inclusive que tiveram seus efeitos modulados pela Corte Suprema²⁵⁶.

A posição atual do Supremo é, pois, de que houve mutação constitucional da norma do art. 52, X, da CR, sendo o efeito dessa resolução apenas declaratório, visando a dar publicidade à decisão do STF, e não desconstitutivo²⁵⁷.

Esse entendimento, porém, não é unânime, tanto que, mesmo após decidir o STF, *incidenter tantum*, ser inconstitucional a obrigatoriedade de fixação de regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados²⁵⁸, essa decisão era diuturnamente não seguida pelas instâncias ordinárias, havendo múltiplos julgados a ponderar não ser essa decisão vinculante, o que ensejou a fixação pelo STF da mesma tese em sede de repercussão geral²⁵⁹.

Mesmo no processo civil, apesar da letra do § 12 do art. 525, e do § 5º do art. 535 do CPC, há corrente doutrinária que defende seja essa norma, no que toca ao controle difuso, interpretada no sentido de que apenas surtirá os efeitos permitidos pelo artigo (inexigibilidade do título judicial) se editada, pelo Senado Federal, a resolução na forma do art. 52, X, da CF²⁶⁰.

Nossa posição, porém, é no sentido de que a Resolução disciplinada no art. 52, X, da CR possui caráter meramente declaratório, tese corroborada pelo atual Código de Processo Civil (arts. 525, § 12; 535, § 5º). Deve-se ressaltar, porém, a exigência de que tenha sido a decisão proferida pelo Tribunal Pleno²⁶¹.

Gize-se que o Senado Federal por vezes realmente edita a resolução suspensiva, como fez após comunicado da decisão do STF que julgou inconstitucional a vedação, pela lei de drogas, da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (art.

os Poderes.

256. Para ilustrar, cite-se o novamente o *habeas corpus* em que declarada a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado então estabelecido pela lei de crimes hediondos. Essa decisão foi modulada, decidindo o STF aplicar-se às execuções em andamento (ou seja, atingindo as condenações com trânsito em julgado), mas não as já extintas (HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 23.02.2006, DJ 01.09.2006, p. 18, Ement v. 2245-03, p. 510; RTJ, v. 200-02, p. 795).

257. MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 157-163, abr./jun. 2004. O conceito de mutação constitucional é apresentado no item 2.5, *infra*.

258. HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012, DJe-249 16.12.2013, Public 17.12.2013.

259. ARE 1052700 RG, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 02.11.2017, Repercussão Geral – Mérito DJe-018 31.01.2018, Public 01.02.2018.

260. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. Op. cit., p. 1.439-1.440, nota n. 18.

261. Nessa esteira o Enunciado 58 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os arts. 525, §§ 12 e 13 e art. 535, §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF”.

E ainda que não edite a resolução, julgamento de inconstitucionalidade realizado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal influencia a atividade legislativa do Parlamento, como ocorreu com a referida declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para crimes hediondos e equiparados, após o qual houve alteração desta lei, estabelecendo-se a fixação do regime inicialmente fechado (Lei 11.464/2007)²⁶⁴.

No tocante aos demais precedentes judiciais vinculantes (diversos dos fixados em controle de constitucionalidade), sua retroatividade segue a regra geral, prevalecendo a coisa julgada, não havendo cogitar-se de sua desconstituição, seja via *habeas corpus* ou revisão criminal, sob pena de insegurança jurídica.

É inclusive entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, como já referido (*supra*, item 1.6.2), a inadmissibilidade de ação rescisória “por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343), ou de recurso extraordinário quando foi dada “razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor” (Súmula 400).

Não se desconhece que já houve decisões reinterprelando o primeiro verbete sumular, admitindo a ação rescisória quando, a despeito de controvertida à época do trânsito em julgado a questão jurídica, pacificou-se posteriormente em sentido diverso²⁶⁵.

Todavia, essa tese está atualmente superada, fixando o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral (Tema 136), a interpretação de que “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do

262. HC 97256, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010, DJe-247 15.12.2010, Public 16.12.2010, Ement v. 2452-01, p. 113; RTJ, v. 220-01, p. 402; RT, v. 100, n. 909, p. 279-333, 2011.

263. Resolução 5/2012.

264. Imposição legal que fora também, como já anotado, declarada inconstitucional (STF, HC 111840, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 27.06.2012, DJe-249 16.12.2013, Public 17.12.2013).

265. “(...) 2. ‘Nos termos do Enunciado 343 da Súmula do STF, não é cabível ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei quando a matéria era controvertida nos Tribunais à época do julgamento. A jurisprudência, contudo, tanto do STF como do STJ evoluiu de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ). Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada’ (AR 3682/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 19/10/2011) 3. A observância à iterativa jurisprudência do STJ, a par de prestigiar o próprio sentido de federação, garante tratamento isonômico aos jurisdicionados e vai ao encontro da famosa lição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem os tribunais superiores têm por missão propiciar segurança jurídica, prevenindo a denominada “jurisprudência lotérica”, que a par de ocasionar desprestígio ao Poder Judiciário e colocar em risco a autoridade de suas decisões, propicia insegurança social e ao setor produtivo, com inúmeros reflexos deletérios, inclusive o de ensejar que causas idênticas tenham soluções divergentes” (REsp 1412667/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 12.11.2013, DJe 03.02.2014).

precedente²⁶⁶.

De fato, como ensina Paulo Mendes de Oliveira,

tratando-se a ação rescisória de hipótese excepcional de flexibilização da coisa julgada, não será possível o seu manejo quando se estiver diante de interpretações realizadas que, apesar de distintas da eventual uniformização posterior, não tenham desbordado da moldura legislativa, ou seja, não se manifestem como irrazoáveis²⁶⁷.

Ressalve-se, todavia, que seria cabível a ação rescisória quando à época do julgado rescindendo se pacificara a jurisprudência, e foi seguido entendimento diverso²⁶⁸.

No direito processual penal, a revisão da coisa julgada com base em pacificação ou mudança jurisprudencial encontra respaldo em parte da doutrina, que admite a revisão criminal quando a jurisprudência houver se pacificado em sentido diverso da condenação transitada em julgado, sendo bastante referido o cancelamento da Súmula 174 do C. Superior Tribunal de Justiça, que autorizava o reconhecimento da majorante relativa ao emprego de arma no crime de roubo quando utilizado artefato de brinquedo. Argumenta-se que condenação estribada nesse verbete não pode subsistir, sendo questão de justiça sua revisão²⁶⁹.

A despeito da força do argumento, defende-se não ser viável fazer tábula rasa de garantias constitucionais, configurando a coisa julgada sério óbice à desconstituição de decisão desta espécie²⁷⁰.

Essa tese ganha reforço quando se depara com a realidade nacional, de notória

266. RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 22.10.2014, Repercussão Geral – Mérito DJe-230 21.11.2014, Public 24.11.2014. A redação transcrita é a da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09.12.2015.

267. OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 179.

268. Assim assentou o STJ em recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 239): "(...) 1. A Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, cristalizou o entendimento de que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. 2. A ação rescisória, a *contrario sensu*, resta, então, cabível, se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido (ERESP 908774/RJ) (...)” (REsp 1001779/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

269. GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 17; LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. *Op. cit.*, p. 1.861; PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015, p. 177-191; GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. *Op. cit.*, p. 154-158.

270. É assente na jurisprudência do STJ que a mudança de jurisprudência posterior ao trânsito em julgado não enseja sua desconstituição por revisão criminal ou *habeas corpus*. Nesse sentido HC 488.298/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 11.04.2019, DJe 06.05.2019; HC 449.407/SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 21.06.2018, DJe 28.06.2018; AgRg no HC 500.460/SC, Relª. Minª. Laurita Vaz, Sexta Turma, j. em 01.12.2020, DJe 16.12.2020. Já decidi essa Corte, porém, em sentido contrário: RvCr 3.900/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. em 13.12.2017, DJe 15.12.2017.

imprevisibilidade e instabilidade da jurisprudência, como já alertado (*supra*, item 1.6.2).

Diante desse panorama, também não concordamos com a ressalva que Nucci faz desse entendimento, sustentando excepcionar a coisa julgada, dando azo à revisão criminal, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo Pleno, acerca de questão jurídica que favoreça o réu²⁷¹.

Possível, porém, a revisão criminal quando o julgado afrontar precedente judicial vinculante existente à época do julgamento que de qualquer modo favoreça o réu, aviltrandando inclusive que o Projeto de Lei do Novo CPP contenha norma com este conteúdo²⁷².

Em resumo, na relação entre precedente vinculante e coisa julgada, a regra geral é de que prevalece esta garantia constitucional, excepcionando-se a coisa julgada inconstitucional, que pode ser revisada se declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal determinada norma jurídica, em sede de controle concentrado ou difuso.

Alvitra-se, ainda, a possibilidade de revisão criminal não apenas por afronta a texto expresso de lei, mas a precedente judicial vinculante vigente à época do julgamento que de qualquer modo favoreça o réu.

271. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 1.203.

272. Como será visto no item 4.8.3, *infra*.

TÉCNICAS DE APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

2.1. APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Na lição de José Rogério Cruz e Tucci, “uma teoria da argumentação jurídica que porventura deixasse de considerar a importância dos *precedentes judiciais* como objeto de reflexão perderia um de seus mais valiosos elementos”, porquanto “*os precedentes judiciais* ingressam na complexa seara do raciocínio jurídico como elemento paradigmático visando, sobretudo, a persuadir e a convencer”¹.

A invocação do precedente reflete de maneira peculiar na estrutura da argumentação jurídica relativa à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja no âmbito doutrinário ou judicial², afigurando-se atualmente a jurisprudência o instrumento cotidiano de trabalho do jurista prático³. Modernamente é praticamente impossível encontrar alguma Corte de Justiça que deixe de citar em suas decisões ao menos alguns precedentes a embasá-las⁴.

Inegável que havendo precedente vinculante sobre a matéria em julgamento, mais ágil será a elaboração da respectiva decisão que o aplique⁵.

Na ensinança de Alexy, quando é viável invocar-se um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo. De outro lado, quem queira afastar-se de um precedente, assume o ônus argumentativo⁶.

Na lição de Perelman, “a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo (...). A mudança, em compensação, deve ser justificada: uma decisão,

1. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 295 (grifos constantes do original). Descabe aprofundar, neste tópico, o estudo da teoria da argumentação jurídica. Para análise mais acurada de sua relação com os precedentes, v. VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dirle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. *Op. cit.*, p. 342-363; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 186-207. A natureza do raciocínio empregado na aplicação/distinção de precedentes será estudada no item 2.3, *infra*.

2. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 8.

3. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. *Op. cit.*, p. 10-11.

4. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. *Op. cit.*, p. 147-148.

5. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 94-95.

6. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. 3. ed., 1. reimp. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017. p. 424. Nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Rubén Sánchez Gil, “*el precedente judicial goza de una presunción de corrección como acto aplicativo del derecho, y quien pretenda apartarse de su criterio tiene la carga argumentativa de aportar buenas razones para ello*” (Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana. In ELSNER, Gisela. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*. 15. ed. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 253, grifos constantes do original).

uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes”⁷. O princípio da inércia é aplicável aos precedentes⁸.

Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior, nesse sentido, defende existir, diante do sistema de precedentes, o *princípio da inércia argumentativa*, pelo qual tanto ao magistrado que aplique precedente obrigatório, quanto à parte que o invoque, é dispensada argumentação exaustiva. De outro lado, ao intérprete que negue aplicação a precedente vinculante é exigido ônus argumentativo qualificado⁹.

Juraci Mourão entende inclusive ser função secundária do precedente vinculante a *economia argumentativa*¹⁰.

Isso não significa, porém, que a aplicação dos precedentes pode se dar de forma mecânica. Para se reputar fundamentada a decisão, imprescindível a demonstração da similitude fática do caso concreto ao paradigma, constatando-se estar abarcado pela *ratio decidendi* do precedente vinculante¹¹. Nos termos do art. 315, § 2º, V, do CPP, e art. 489, § 1º, V, do CPC, não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar a invocar precedente, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta¹².

A aplicação obrigatória dos precedentes se relaciona com outro atributo a eles intrínseco – a *autorreferência*, ou seja, havendo precedente sobre determinada questão, não deve decisão posterior a respeito de caso análogo partir do zero, mas sim, respeitando a integridade do direito, aplicá-lo ao caso concreto. O exercício da jurisdição deve ser

7. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 120.

8. Nas palavras de Perelman, “é graças à inércia que a técnica da coisa julgada é prolongada, por assim dizer, pela técnica do precedente. (...) o precedente, se torna, assim, parte integrante do sistema jurídico, um modelo do qual podemos nos prevalecer, contanto que mostremos que o caso novo se parece suficientemente com o antigo” (PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. *Op. cit.*, p. 121).

9. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 229, p. 389-390, mar. 2014.

10. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 395-396.

11. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 192-193.

12. Como explica Otávio Verdi Motta, “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos do precedente significa, exatamente, indicar por qual motivo há uma relação de identidade fática entre o caso a ser julgado e o caso do precedente” (*Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204). Essas normas trouxeram “avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada” (GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. *Op. cit.*, p. 516). De fato, além de uma resposta à “aplicação mecânica das súmulas”, procuram “sepultar de uma vez por todas a ‘cultura dos ementários’ no direito brasileiro, resgatando assim os fatos substanciais que propiciaram determinada solução jurídica” (PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 671).

realizado institucionalmente, e não de forma isolada¹³.

O conceito de integridade do direito é desenvolvido por Dworkin, descabendo, neste estudo, seu aprofundamento. Importante frisar que para o jusfilósofo,

o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas¹⁴.

A aplicação dos precedentes, na visão de Dworkin, assemelha-se à escrita de um “romance em cadeia” (*chain novel*), em que cada julgador escreve um capítulo da obra coletiva, sendo imprescindível a consideração do já escrito na elaboração dos acréscimos. O trabalho do juiz, ao decidir, além de constituir autoria do novo capítulo do precedente, também se assemelha ao do crítico literário ao tecer considerações sobre o que já fora assentado. Não é viável distinguir linha divisória precisa entre a etapa interpretativa e os acréscimos pessoais feitos pelo autor seguinte¹⁵.

Decidir interpretando o direito em atenção à sua integridade implica muitas vezes restrição às próprias convicções pessoais, a fim de preservar a coerência do romance coletivamente escrito como se fosse a obra de um só autor¹⁶.

Como bem resume Ost François, em um sistema de precedentes a interpretação jurídica

não é nem totalmente livre como o poderia ser a escrita de um romance novo, nem totalmente limitada como o seria a tradução de um autor estrangeiro; revela-se simultaneamente livre e limitada, como a obra do próprio juiz¹⁷.

13. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 193-194. José Rogério Cruz e Tucci explica que da *autorreferência jurisprudencial* decorre que “a fundamentação de uma decisão deverá, necessariamente, conter expressa alusão à jurisprudência de tribunal superior ou da própria corte” (*Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 171). Dispõe, nesta direção, o Enunciado 454 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

14. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 291. No original: “*Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards*” (*Law’s Empire*. Reimpressão da 1ª edição (1986). Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 243)..

15. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Op. cit., p. 228-232.

16. DWORKIN, Ronald. *Law’s Empire*. Op. cit., p. 254-256.

17. OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 98.

2.2. CONFLITO DE PRECEDENTES

Na aplicação dos precedentes, tal qual ocorre com as normas jurídicas, pode ocorrer de mais de um precedente ser aplicável ao caso.

A despeito de a coerência e harmonia serem ideais buscados pelo ordenamento jurídico, tratando-se de produto histórico e em desenvolvimento, o Direito é sujeito a contradições¹⁸, não escapando a edição de precedentes vinculantes ao mesmo fenômeno.

Na solução desse conflito, ou concurso, diversos princípios são apresentados.

O primeiro é o da especialidade, derivado da regra *lex specialis derogat legi generali*. Precedente especial aplica-se em lugar do geral¹⁹.

O segundo é o *hierárquico*. Precedente emanado de Corte Superior sobrepõe-se ao de inferior. É a aplicação analógica do postulado *lex superior derogat legi inferiori*. Precedente do STF, portanto, aplica-se em lugar de qualquer outro das demais Cortes de Justiça nacionais. Os do STJ prevalecem em face dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais. Todavia, precedente de Tribunal Regional Federal vincula apenas os juízes integrantes de seu quadro, não prevalecendo sobre precedente de Tribunal Estadual situado na mesma área territorial, e vice-versa²⁰.

Por fim, há o critério cronológico, fundado na máxima *lex posterior derogat legi priori*. O precedente posterior revoga o anterior, desde que evidentemente possuam o mesmo âmbito de validade (conteúdo e grau hierárquico).

Na aplicação desses critérios, porém, pode haver conflito entre eles (conflito de segundo grau).

Havendo precedente superior anterior, inaplicável o posterior inferior sobre a mesma matéria. Ou seja, o critério *hierárquico* prevalece sobre o *temporal* (aplicação analógica da metarregra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*).

Na hipótese de concurso entre o critério da *especialidade* e o *cronológico*, incidiria o primeiro, prevalecendo em relação ao temporal (entendimento extraído do metacritério *lex*

18. LARA, Ricardo Regis. Sistema jurídico e antinomia de normas. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de teoria geral do direito*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 186.

19. Nas palavras de Ricardo Regis Lara, “na passagem do plano geral para o plano especial manifesta-se a máxima aristotélica de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais. Por consequência, também se manifesta o critério mais elevado de justiça, que consiste em dar a cada um conforme justa proporção” (Sistema jurídico e antinomia de normas. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de teoria geral do direito*. Op. cit., p. 201).

20. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Op. cit., p. 156-157.

posterior generalis non derogat priori speciali)^{21/22}.

Ressalva Maria Helena Diniz, ao tecer considerações sobre a antinomia de segundo grau na interpretação de normas jurídicas, lição também aplicável ao conflito de precedentes, que a “metarregra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*” não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério²³.

No mesmo sentido, obtempera Carlos Maximiliano que

(...) precisa ser inteligentemente compreendido e aplicado com alguma cautela o preceito clássico “a disposição geral não revoga a especial”. Pode a regra geral ser concebida de modo que exclua qualquer exceção; ou enumerar taxativamente as únicas exceções que admite; ou, finalmente, criar um sistema completo e diferente do que decorre das normas positivas anteriores: nesses casos o poder eliminatório do preceito geral recente abrange também as disposições especiais antigas²⁴.

Havendo concurso entre o critério *hierárquico* e o da *especialidade*, em princípio prevalece o precedente *especial*²⁵. Ressalva Antonio Bento Betioli, porém, que não se afigura viável estabelecer uma metarregra geral, diante da adaptabilidade do direito²⁶, sendo fundamental, portanto, a análise do concreto em sua solução.

Na aplicação de precedentes vinculantes, deve-se, pois, perquirir se há precedente contrário. Não havendo, incide o precedente invocado.

Havendo precedente conflitante, primeiramente deve-se averiguar se há relação de especialidade entre eles. Positiva a resposta, incide o especial em princípio, com as ressalvas já apontadas.

Não havendo relação de especialidade, deve-se analisar se há hierarquia entre eles. O superior será aplicável.

Se ambos estiverem no mesmo nível hierárquico, e inexistente relação de especialidade, deve o intérprete socorrer-se do critério cronológico, incidindo o mais recente.

21. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Op. cit., p. 158.

22. Reza, aliás, o § 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

23. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1, p. 106.

24. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 323. *Mutatis mutandi*, esse entendimento é aplicável aos precedentes vinculantes.

25. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Op. cit., p. 158.

26. *Introdução ao direito*. Lições de propedêutica jurídica tridimensional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 502.

2.3. DISTINÇÃO (*DISTINGUISHING*)

Consoante já exposto no primeiro capítulo, os precedentes vinculantes são de aplicação obrigatória aos casos assemelhados. Na averiguação desta semelhança entre o caso anterior e o atual, primeiramente deve-se extrair do precedente sua *ratio decidendi* (ou *rationes decidendi*), que é a parte vinculante da decisão e, na sequência, cotejá-la com o novo caso, perquirindo se entre eles há semelhança de molde a incidir o precedente²⁷.

Esse processo revela a perspectiva dinâmica da *ratio decidendi*. Se fosse observada apenas estaticamente, teria sua importância reduzida. Seu maior valor consiste justamente na possibilidade de sua aplicação nos casos futuros²⁸.

Caso se conclua que ao novo caso deve ser aplicada a consequência anterior, havendo, na linguagem do *common law*, *relevant similarity*²⁹, o raciocínio empreendido foi por *analogia*; se a conclusão for contrária, no sentido de que as consequências jurídicas de ambos os casos devem ser diferentes, o raciocínio empreendido foi por *contra-analogia*³⁰.

Cross e Harris explicam que neste raciocínio por analogia é possível divisar três estágios, a despeito de, na prática, eles não estarem sempre separados. Primeiramente há a percepção de relevante semelhança entre o caso anterior e o presente. Na sequência a extração de sua *ratio* e finalmente a decisão de aplicar o precedente. A analogia é empregada nos primeiro e terceiro estágios³¹.

Na lição de Schauer, embora possa ser afirmado que um precedente vinculante de um órgão jurisdicional superior simplesmente obrigue o de hierarquia inferior, é mais preciso asseverar que um precedente vinculante obriga o órgão inferior a segui-lo *ou* a distingui-lo do caso em julgamento³².

27. Ou seja, o operador do direito “é compelido a raciocinar por comparações (de casos) e, nesse ambiente comparístico, deve indicar analogias e contra-analogias suficientes para individualização do caso, impedindo-se, dessa maneira, que a decisão seja construída a partir de critérios generalíssimos que não guardam efetiva correspondência com as questões jurídicas debatidas” (VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dirlé. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. *Op. cit.*, p. 265-266).

28. MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. *Op. cit.*, p. 231.

29. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2009, p. 45.

30. NUNES, Dirlé; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 311. Explicam os autores que “uma analogia consiste em indicar similaridades entre atributos de dois ou mais ‘entes’ a fim de que, embora diferentes entre si (mas compartilhando de determinadas características), seja-lhes atribuído igual tratamento, a depender da quantidade e da relevância (qualidade) das similaridades existentes”.

31. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 192. Muito se discute acerca da natureza do raciocínio envolvido na aplicação dos precedentes, mas o aprofundamento da questão, de cunho jusfilosófico, desborda os limites deste trabalho.

32. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 58.

Distinção (ou *distinguishing*, na linguagem do *common law*) é, pois, a técnica pela qual, a despeito de haver precedente vinculante aparentemente aplicável ao caso em julgamento (*instant case*, *case at hand* ou *in hand*, no vocabulário do *common law*), comparando-se a sua *ratio* com os contornos da nova hipótese, conclui-se não haver semelhança suficiente de molde a ser aplicável a decisão vinculante^{33/34}.

Não empregamos, portanto, a terminologia de Ariana Julia de Almeida Anfe, para quem o método de comparação entre os casos denomina-se *confrontation*; *distinguishing* seria o resultado desse confronto³⁵.

Preferimos, como fazem Dirle Nunes e André Frederico Horta, sustentar que *distinção* em sentido amplo é a técnica “por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta”; já em sentido estrito é o resultado do emprego da técnica, não se aplicando ao caso concreto o precedente aparentemente incidente³⁶.

Cuida-se, pois, de técnica de afastamento do precedente (*departure from precedent*, no jargão do *common law*)³⁷.

Importante frisar que a presente ferramenta é invocada quando há, à primeira vista, precedente aplicável ao caso. Quando inexistente, sequer é cogitada a aplicação de precedente, ou é de pronto negada sua incidência³⁸. O emprego desse instrumento exige, pois, análise e fundamentação mais acuradas³⁹.

No concernente à argumentação, já se anotou (item 2.1, *supra*) que o sistema de

33. Neil Duxbury apresenta outra acepção do termo *distinguishing*, qual seja, a técnica de separação da *ratio decidendi* dos *obiter dicta*. Diferencia, portanto, *distinguishing within a case* (distinção dentro de um caso, que é a extração da *ratio*), de *distinguishing between cases* (distinção entre casos, técnica ora analisada) (The nature and authority of precedent. *Op. cit.*, p. 113).

34. Para Bryan A. Garner, “a court distinguishes a precedent by discerning material differences between it and the present dispute, thereby concluding that the precedent is either not entirely applicable or wholly inapplicable” (The law of judicial precedent. *Op. cit.*, p. 97). Em tradução livre: “uma Corte distingue um precedente discernindo diferenças essenciais entre ele e a presente lide, concluindo assim que o precedente não é inteiramente aplicável ou totalmente inaplicável”.

35. Técnicas de utilização de precedentes. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 72-77.

36. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *Op. cit.*, p. 311.

37. SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 519-520.

38. Nestes casos novos, levados pela primeira vez a julgamento, pode-se forjar precedente novo, o que transformará o caso em um *leading case* (caso paradigma). Muitos desses casos novos são os denominados *hard cases*, ou casos de difícil solução, os quais, na definição de Dworkin, são aqueles que não podem ser submetidos a uma regra de direito clara, estabelecida previamente (*Levando os direitos a sério*. *Op. cit.*, p. 127). Como observa Hélio Ricardo Diniz Krebs, “embora o conceito de *hard case* tenha surgido e começado a ser tratado no *common law*, hoje em dia é evidente que se trata de uma questão importantíssima também para o *civil law*” (*Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 117).

39. Estabelece o Enunciado 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”.

precedentes vinculantes outorga maior fluidez à arte de julgar, redundando a incidência de precedente normativo em uma economia argumentativa. Sua não aplicação, pela técnica da distinção, sem embargo, exige fundamentação qualificada do julgador. Deve-se, pois, demonstrar que, a despeito de haver precedente à primeira vista aplicável ao caso, diante de suas particularidades essenciais a sua *ratio* não é incidente. A distinção deve, pois, ser realizada de modo explícito, assumindo o julgador seu ônus argumentativo, não sendo adequado realizá-la de modo dissimulado, simplesmente ignorando a existência de precedente e decidindo de modo diverso⁴⁰.

Conforme leciona Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior, o cotejo entre os casos ocorre a partir da análise: a) dos fatos essenciais de ambos os feitos; b) dos respectivos valores neles em jogo; c) da questão jurídica debatida; d) dos fundamentos das duas decisões⁴¹.

O precedente vinculante apenas não será aplicado se houver distinção substancial. Dessemelhanças acidentais são naturais, inexistindo casos idênticos (em lides muito semelhantes ao menos uma das partes é diversa, do contrário haveria litispendência)⁴². Diferenças acidentais desautorizam a não aplicação do precedente invocando-se a técnica da distinção.

No sistema do *common law*, o juiz que tenta distinguir casos com base em fatos irrelevantes é facilmente descoberto, e será tachado de descuidado ou desonesto, tendo sua reputação abalada e decisão reformada. O poder de distinguir precedentes não significa que juízes podem deles desdenhar ao seu livre-alvedrio⁴³.

O inc. VI do § 1º do art. 315 do Código de Processo Penal prescreve que não se considera fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”⁴⁴.

40. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 77. Como ressaltam Eduardo Cambi e Renê Francisco Hellman, “a motivação das decisões judiciais cumpre várias funções essenciais: i) permite aferir a imparcialidade do juiz; ii) possibilita verificar a juridicidade e a legitimidade dos julgamentos; iii) assegura às partes meios concretos para constatar que seus argumentos foram analisados pelo órgão judicial; iv) evita o arbítrio judicial; v) delimita o âmbito do *decisium*; v) torna possível que as partes inconformadas apresentem razões recursais, impugnando os fundamentos da decisão” (Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 652).

41. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 69-70.

42. Na lição de SCHAUER, inexistem dois eventos exatamente iguais, razão pela qual não há dois casos exatamente iguais (SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Op. cit., p. 44).

43. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Op. cit., p. 114. No *common law* não é formalmente sancionado o juiz que não seguir precedente vinculante, razão pela qual Neil Duxbury conclui não ser o precedente coercitivo na acepção outorgada pelo positivismo jurídico ao termo (*The nature and authority of precedent*. Op. cit., p. 14). Entretanto, pontua o autor que se precedentes não tivessem capacidade de compelir, inexistiria a doutrina do *stare decisis* (*The nature and authority of precedent*. Op. cit., p. 23).

44. Disposição idêntica há no CPC (inc. VI do § 1º do art. 489)

Considerando o juiz que o precedente é inadequado (*bad law*), mas não havendo margem para distingui-lo no caso concreto, e nem tendo ele competência para proceder à sua superação (*overruling*)⁴⁵, outro caminho não resta senão aplicar o precedente, sendo salutar, porém, que ressalve seu entendimento pessoal⁴⁶.

Frise-se que a *distinção* é aplicada com fulcro na existência de fatos essenciais diversos, e não de teses ou argumentos jurídicos. É certo que para emprego do instrumento é necessário desenvolver raciocínio lógico-jurídico, mas com base em fatos. Sem embargo, novos fundamentos jurídicos contrários à *ratio decidendi* podem ensejar a superação do precedente, mas não sua distinção⁴⁷.

Os operadores do direito do *common law* são céticos a respeito da possibilidade de se concluir pela semelhança ou dessemelhança de casos a partir da análise apenas de regras abstratas, confiando apenas no cotejo feito com base em fatos essenciais. Operadores de direito do *civil law*, mais acostumados a lidar com regras gerais, podem ter dificuldade de assim proceder, máxime quando a publicação da decisão não contenha os fatos debatidos no julgamento, mas apenas as questões jurídicas⁴⁸.

Critério interessante para averiguar a validade de uma distinção é cogitar se o precedente teria o mesmo conteúdo se estivessem as particularidades do caso em julgamento presentes no processo que o forjou. Se se concluir negativamente, que provavelmente o julgamento do tribunal que o criou seria diferente, então se mostra lícita a distinção realizada⁴⁹. Nessa senda, hipótese comum de distinção é aquela em que o caso posterior trata de fatos que o precedente claramente não quis abranger.

Reputa-se *consistente* a distinção realizada corretamente. A distinção impropriamente feita é denominada *inconsistente*⁵⁰.

A técnica da *distinção* não abala a força e autoridade do precedente vinculante, que permanece incólume, mesmo quando realizada pela Corte que o editou. Ao empregar

45. Técnica a ser tratada oportunamente (*Infra*, item 2.5).

46. Dispõe o art. 10 da Resolução 106/2010 do CNJ, que estabelece critérios objetivos para aferição do merecimento na promoção de magistrados: "Art. 10. Na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões. Parágrafo único. A disciplina judiciária do magistrado, aplicando a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com registro de eventual ressalva de entendimento, constitui elemento a ser valorizado para efeito de merecimento, nos termos do princípio da responsabilidade institucional, insculpido no Código Ibero-Americano de Ética Judicial (2006)". Dispõe o Enunciado 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória".

47. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias. *Op. cit.*, p. 61-63.

48. SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. *Op. cit.*, p. 522.

49. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 70.

50. A distinção inconsistente será analisada em item próprio (*infra*, item 2.3.2).

a *distinção*, o intérprete não está reputando o precedente equivocado (*bad law*), mas apenas inaplicável naquela hipótese (*inapplicable law*)⁵¹. Saliente-se, entretanto, que um precedente distinguido com frequência perde sua autoridade⁵².

A distinção é realizada para garantir um dos valores subjacentes ao sistema dos precedentes, qual seja, a igualdade, que impõe, como é cediço, tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade⁵³.

Para Neil Duxbury,

o valor da doutrina do precedente repousa não na sua capacidade de comprometer julgadores a uma ação, mas na sua capacidade simultânea de criar constrição e possibilitar um grau de discricionariedade⁵⁴.

Daí porque pode essa técnica ser aplicada por qualquer julgador, mesmo de hierarquia inferior ao órgão que criou o precedente, não sendo, pois, de sua competência exclusiva. Viável, portanto, que juízes de primeiro grau *distingam* casos sob seu julgamento de precedentes dos tribunais a que vinculados, bem assim dos superiores⁵⁵.

A técnica da distinção é de suma importância no sistema de precedentes, outorgando-lhe flexibilidade e autorizando seu aprimoramento, vez que impede a aplicação de precedente de forma descuidada e sem melhor exame do caso concreto.

De 1898 a 1966, no direito inglês os precedentes não eram passíveis de superação (*overruling*), de modo que nessa época a *distinguishing* possuía ainda maior importância, impedindo absoluta rigidez do sistema e a aplicação de precedentes inadequados, ultrapassados ou injustos⁵⁶.

Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior defende ser também possível a realização de distinção consistente quando o precedente contiver *erro evidente, objetivamente aferível, inadvertido e decisivo, seja sobre fato essencial, seja jurídico* (decisão *per incuriam*)⁵⁷.

Explica que o erro, além de ser *evidente* e não fruto de mero juízo subjetivo (mas sim *objetivamente aferível*), deve ser *inadvertido*, ou seja, não percebido pela Corte. Se ficar

51. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 114.

52. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 114-115, nota 12.

53. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 108-110.

54. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 183, em tradução livre. No original: "the value of the doctrine of precedent rests not in its capacity to commit decision-makers to course of action but in its capacity simultaneously to create constraint and allow a degree of discretion".

55. Nessa direção o Enunciado 174 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): "A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado".

56. NUNES, Dirlé; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. *Op. cit.*, p. 312.

57. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 73.

claro, da leitura do precedente, que conscientemente a Corte decidiu daquela maneira, o precedente é vinculante, sendo impraticável a distinção. Como exemplo, pode ser mencionada a hipótese de revogação de lei que embasou o precedente. Se a Corte ignorou essa revogação, constituindo precedente com base em lei revogada, há erro inadvertido. Se, todavia, ao julgar esclareceu que em seu entendimento não houve revogação, não é possível cogitar-se de erro, sendo impróprio o emprego da *distinção*⁵⁸.

O erro também deve ser decisivo, ou seja, incidir sobre elemento que, fosse levado em consideração no julgamento, ensejaria a prolação de decisão diversa⁵⁹.

Concordamos com a ponderação feita pelo autor no sentido de, havendo erro na constituição do precedente com os predicados aludidos, ser lícita a sua não aplicação. Mas para tanto deixa-se de aplicá-lo com fulcro na técnica da superação antecipada (*antecipatory overruling*)⁶⁰, não havendo utilização da *distinguishing*, que exige possua o caso atual notas distintivas que permitam o afastamento do precedente aparentemente incidente.

2.3.1. Distinções ampliativa e restritiva (*restrictive and ampliative distinguishing*)

Um precedente é incapaz de abarcar a totalidade dos conflitos sociais, dada sua variedade, surgindo após sua fixação situações outras por eles não tratadas, a exigir sua emenda, seja para contemplar fatos novos, seja para que, diante de fato adicional não considerado no precedente anterior, seu alcance seja restringido.

A distinção *ampliativa* é a técnica pela qual um precedente vinculante é aplicado a caso posterior por ele não abrangido, havendo expansão do seu conteúdo. Ao contrário, na distinção *restritiva* fatos essenciais são subtraídos da *ratio* do precedente, diminuindo seu âmbito de incidência^{61/62}.

58. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 74.

59. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 74.

60. Essa técnica será estudada oportunamente (*infra*, item 2.5.3).

61. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Op. cit., p. 215-216.

62. No estudo dos precedentes a doutrina comumente elenca como técnicas de seu manejo a distinção e a superação, pouco tratando de sua ampliação ou restrição, que para nós são modalidades de distinção. Richard M. Re prefere classificar essas técnicas de modo autônomo, ao lado das mais conhecidas aplicação (*following*), distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*). Denomina-as de *extending* (extensão) e *narrowing* (restrição) (Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 114, p. 1.861-1.868, 2014. Disponível em: <<https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020). A distinção restritiva também é tratada de modo autônomo por outros autores que a denominam de *overriding*. Melvin Aron Eisenberg, ao explicá-la, admite que “*in theory, overriding can be merely a special case of hiving off through consistent distinctions*” (*The nature of the common law*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1988. p. 135). Em tradução livre: “teoricamente, *overriding* pode ser meramente uma hipótese especial de desvinculação por meio de distinções consistentes”. No Brasil, também Luiz Guilherme Marinoni trata da técnica de forma autônoma e com a mesma denominação (*overriding*) (*Precedentes*

Como adverte José Rogério Cruz e Tucci,

não se exige submissão “cega” a anteriores decisões. Permite-se à “corte *estender* um princípio mais além dos limites de um caso antecedente se entender que assim estará promovendo a justiça. Caso a aplicação do princípio, entretanto, possa produzir resultado indesejável, o tribunal estreitará ou restringirá o princípio (...)”⁶³.

As distinções ampliativa e restritiva podem ser empregadas tanto pela Corte que criou o precedente quanto por Tribunais diversos, vinculados ao julgado, vale dizer, viável tenham por objeto tanto precedentes horizontais quanto verticais⁶⁴.

Gize-se que, por não possuir competência para alterar o precedente editado por Corte de hierarquia superior, a distinção ampliativa ou restritiva, quando feita por órgão judiciário diverso daquele que criou o precedente, em regra não resulta em criação de direito e de novo precedente, salvo hipóteses em que, ao assim fazer, a Corte edite precedente vinculante a órgãos de igual ou inferior hierarquia, permanecendo intocado aquele outro ampliado. Imagine-se, por exemplo, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça determinado precedente ao julgar recurso extraordinário repetitivo. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar posteriormente recurso repetitivo sobre o mesmo tema, realiza a distinção ampliativa daquele julgado, fixando novo precedente. Este será vinculante aos órgãos de hierarquia inferior (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e magistrados estaduais e federais de primeiro grau), não repercutindo na eficácia do precedente originário fixado pela Corte Suprema.

As *restrictive* e *ampliative distinguishings* realizadas pela Corte que forjou o precedente implicam verdadeira criação de direito, com constituição de novo precedente, atividade que bem revela o acerto de Dworkin ao considerar que a aplicação dos precedentes se assemelha à escrita de um romance em cadeia, consoante já analisado (*supra*, item 2.1).

Por essa razão, no sistema do *common law*, é raro que um intérprete tenha que consultar repositórios de precedentes muito antigos, embora quanto mais alta a Corte maior a probabilidade de que casos vetustos permaneçam importantes fontes do direito. O que remanesce vital do passado é adaptado aos problemas atuais nas novas decisões; já o que não é mais pertinente é esquecido. Os precedentes, logo, são sujeitos a uma espécie de seleção natural, sendo válidos enquanto analogias persuasivas podem ser com eles feitas⁶⁵.

obrigatórios. Op. cit., p. 247-249).

63. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito. Op. cit.*, p. 171-172.

64. Sobre o conceito de precedentes horizontais e verticais, v. *supra*, item 1.5.1.

65. GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 100.

Consoante pondera Neil Duxbury, conquanto, ao aplicar precedentes, os juízes não tenham o propósito de criar direito, é possível que esse fenômeno ocorra, justamente ao realizar uma distinção ampliativa ou restritiva, que em seu entendimento são as formas mais interessantes e sutis de distinção. Exemplifica que se a Corte decide, em *Black v. Black*, que X é o resultado diante dos fatos A, B e C, julgamento idêntico é esperado no caso *White v. White* se estiverem presentes os fatos A, B e C. Todavia, imagine-se que no julgamento *Grey v. Grey* a Corte distinga o precedente *Black v. Black*, decidindo que X deve ser o resultado quando estiver presente o fato essencial E, além de A, B e C. Se, em *Grey v. Grey*, estiverem presentes os fatos A, B e C, mas não o E, o resultado não será X, a despeito da presença dos fatos essenciais que forjaram o precedente anterior. Ao adicionar condição para se chegar a X, a Corte em *Grey v. Grey* alterou a norma jurídica, isto é, a *ratio* agora é mais restrita e será aplicada em menor número de casos futuros, diante da exigência de mais fatos essenciais para sua incidência⁶⁶.

Sublinha Neil Duxbury que a aplicação destas modalidades de *distinguishing* com emenda da *ratio* apenas podem ser feitas de modo compatível com a norma fixada no precedente. Uma corte que distinga *Black v. Black* decidindo que o resultado X agora depende da presença de A, B, C, além da ausência de D, falharia em seu objetivo a menos que a ausência de D, combinada com a presença de A, B e C, constitua uma justificável modificação da *ratio*. Se, ao contrário, a nova condição requerer uma decisão contrária a X, então a *ratio* não seria propriamente emendada pela *distinguishing*⁶⁷.

Richard M. Re aponta que a distinção restritiva (por ele denominada de *narrowing*), é frequentemente acusada pela doutrina estadunidense de ser uma forma sub-reptícia de *overruling* (superação); entretanto, tal qual outras técnicas de manejo dos precedentes, pode ser legitimamente aplicada, bem como impropriamente utilizada. É legítima a aplicação desse instrumento quando o precedente é razoavelmente interpretado de modo consistente com o direito (*background legal principles*)⁶⁸.

Deveras, a estabilidade é preservada pela *contenção* do precedente, que evita tanto sua extensão como limitação impróprias⁶⁹.

66. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 114-115. Deve ser registrado que embora Neil Duxbury descreva dessa maneira essas modalidades de distinções, não chega a denominá-las com terminologia própria.

67. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 116.

68. *Narrowing precedent in the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 1.867. Na sequência, o autor aprofunda sua tese (p. 1.874-1.889).

69. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 234-236.

2.3.2. Distinções inconsistentes (*inconsistent distinctions*)

Como já analisado (item 2.3, *supra*), precedentes vinculantes são de aplicação compulsória a casos assemelhados, sendo apenas possível sua não incidência quando, do cotejo entre os casos, concluir-se que o atual possui fatos relevantes diversos a escapar da *ratio decidendi* do precedente, realizando-se, logo, distinção *consistente*.

A distinção feita sem que existam dessemelhanças essenciais entre os casos denomina-se *inconsistente*.

Aparentemente uma distinção inconsistente não atenderia à necessária *integridade*, defendida por Dworkin⁷⁰, mas quando legitimamente feita satisfaz esse critério, que se relaciona não apenas com a consistência do resultado obtido, mas com o emprego consistente de princípios institucionais (que geram os resultados)⁷¹.

Diversas são as razões que podem dar azo à distinção inconsistente de modo legítimo. Uma delas é a insegurança da Corte acerca da inadequação do precedente. Ao invés de revogá-lo, como passo provisório é feita uma distinção inconsistente, formulando-se, por exemplo, uma exceção a um nível de generalidade inferior à superação total. Ao aplicar o princípio institucional da provisoriedade, uma Corte atua com integridade e isonomia, embora a regra adotada seja inconsistente com o precedente⁷².

A superação é o estágio final e se a Corte estiver equivocada em seu entendimento, o custo do erro seria grande. A decisão derivada de uma distinção inconsistente passa pelo escrutínio da doutrina e dos operadores do direito em geral, após o que essa posição provisória pode ser ratificada, com a revogação do precedente distinguido, ou mesmo retificada, reafirmando-se o precedente⁷³. Ou seja, pelo emprego legítimo de uma distinção inconsistente, a Corte pode testar o novo entendimento antes de consolidá-lo, agindo com cautela e prudência.

O emprego de uma distinção inconsistente também pode ser utilizado como técnica para tutelar a confiança legítima, salvaguardando ao menos aqueles que confiaram no precedente. Ao utilizar essa ferramenta, a Corte pode ao mesmo tempo outorgar mais congruência social ao direito, proteger a justificada confiança e diminuir a probabilidade de

70. V. *supra*, item 2.1.

71. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 136-138.

72. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 139. Explica o autor, em passagem anterior (p. 135), que para a jurisprudência estadunidense do início do século passado as promessas de doação eram inexigíveis, entendimento superado apenas na década de 1930, quando ficou assente que as promessas de doação confiáveis são exequíveis. Retomando posteriormente o exemplo, argumenta que, como passo intermediário, poderia ter sido fixada a distinção inconsistente no sentido de que apenas promessas confiáveis de doação mediante depósito é que seriam exigíveis, antes da superação total do precedente anterior (p. 139).

73. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 139.

existência de futura confiança nesse precedente (pois fora objeto de distinção inconsistente), preparando assim o caminho para uma revogação que de outra maneira não seria feita de modo próprio⁷⁴.

As distinções inconsistentes feitas desse modo, sublinhe-se novamente, com emprego consistente do princípio institucional da provisoriedade, atendem à necessária integridade, apesar de gerar resultado inconsistente com o direito em vigor⁷⁵.

As distinções inconsistentes se assemelham à técnica da superação (*overruling*), a ser estudada oportunamente (*infra*, item 2.5), na medida em que implicam o abandono de doutrina estabelecida que não mais atende aos padrões de congruência social e consistência sistêmica. Difere, porém, desse instrumento porquanto a negação que promove é apenas parcial. Normalmente, mesmo após a realização de uma distinção inconsistente, ao menos alguns casos ainda são julgados pelo tribunal com aplicação do precedente distinguido⁷⁶.

Diante da natureza das razões que podem embasar uma distinção inconsistente legítima, configurando ela teste para futura revogação do precedente (*overruling*), apenas pode ser realizada pela própria Corte que fixou o precedente vinculante, e não por órgão judiciário de hierarquia inferior. Deveras, o juízo acerca da adequação, congruência social e consistência sistêmica do precedente, a ensejar dúvida sobre a pertinência de sua revogação, é de competência exclusiva do tribunal que o fixou, não podendo ser usurpado por outro de hierarquia inferior, que não teria competência para revogá-lo. Uma distinção inconsistente feita, portanto, por órgão judiciário de hierarquia inferior seria sempre ilegítima, não restando outro caminho que atendesse à necessária integridade para esse órgão senão a aplicação do precedente obrigatório, ainda que com ressalvas⁷⁷.

Imperioso reconhecer, todavia, que uma distinção inconsistente feita legitimamente pelo juízo competente abre caminho para que Cortes inferiores não mais apliquem o precedente anterior, realizando, dessa forma, não novas distinções inconsistentes legítimas, mas sim aplicando a técnica da superação antecipada (*antecipatory overruling*), a ser estudada oportunamente (*infra*, item 2.5.3)⁷⁸.

No tocante à argumentação jurídica, tal qual a distinção consistente, a inconsistente

74. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 139-140.

75. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 139-140.

76. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 136.

77. Em sentido diverso, defendendo que mesmo órgão de hierarquia inferior pode realizar distinção inconsistente legítima: ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p. 81-82.

78. Em sentido análogo, assevera Melvin Aron Eisenberg que uma decisão que aplica a técnica da distinção inconsistente legítima fornece a outras cortes suporte para completa superação (*full overturning*) do precedente (*The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 121).

legítima deve ser feita de modo explícito, arcando o julgador com seu ônus argumentativo, que também é qualificado, não podendo ser realizada de modo dissimulado. Do contrário, não cumpriria seu papel de alertar a comunidade jurídica acerca da possibilidade de revogação do precedente e submeter o novo entendimento à sua crítica, de fundamental importância para o tribunal averiguar o acerto de seu novel posicionamento, de molde a poder consolidá-lo, ou então, convencido após esse teste de seu equívoco, parcial ou total, retornar ao entendimento anterior ou alterá-lo parcialmente⁷⁹.

2.3.3. Estudo de casos

Importante, neste passo, trazer à colação casos concretos em que empregada a técnica de distinção, tanto do direito comparado quanto brasileiro.

2.3.3.1. Direito estrangeiro

*Caso Rasul v. Bush, Suprema Corte Americana*⁸⁰

Ao fim da Segunda Grande Guerra, soldados alemães foram flagrados pelo exército estadunidense na China, sendo aprisionados por continuarem a combater mesmo após a rendição de seu país. Condenados naquele país por autoridades militares estadunidenses, foram transferidos para parte do território alemão sob jurisdição dos EE.UU.AA.

Um grupo de soldados, entre os quais Lothar Eisentrage, impetrou *habeas corpus* contra o Secretário de Defesa dos EE.UU.AA. (Louis Arthur Johnson) e outras autoridades, sustentando a inconstitucionalidade e ilegalidade de suas prisões, face à legislação estadunidense e Direito Internacional.

O juízo federal de primeiro grau (*District Court for the District of Columbia*) não conheceu do pedido, já que a impetração de *habeas corpus* exigia a presença física do impetrante no território sob jurisdição da Corte.

Em grau de apelação, houve reforma da decisão, entendendo que o *habeas corpus* era garantido a todos que atribíssem violação de sua liberdade a autoridade americana, determinando o retorno dos autos à origem para julgamento do mérito.

A Suprema Corte, ao apreciar o caso (conhecido como *Johnson v. Eisentrager*,

79. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 83-84.

80. O caso também é estudado por Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior (*Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 85-88).

julgado em 05.06.1950)⁸¹, reformou a decisão de segundo grau, restabelecendo, por maioria de votos (6x3), a originária. Pontuou que: a) um estrangeiro inimigo não residente nos EE.UU.AA. não possui acesso às Cortes estadunidenses em tempo de guerra; b) estes inimigos estrangeiros não residentes, capturados e presos no exterior, não possuem direito a impetrar *habeas corpus* em uma Corte estadunidense; c) a Constituição não confere direito à segurança pessoal ou imunidade a julgamentos militares e punições de estrangeiros inimigos engajados em serviço hostil em nome de um governo em guerra contra dos EE.UU.AA.; d) no caso não fora demonstrada falta de jurisdição das autoridades militares que acusaram e condenaram estes prisioneiros, ou que elas agiram com abuso de autoridade.

Mais de meio século depois, no curso da Guerra do Afeganistão, doze cidadãos do Kwait e dois da Austrália foram presos acusados de serem colaboradores da Al Qaeda, sendo transferidos para a prisão estadunidense de Guantánamo, em Cuba.

Parentes desses prisioneiros impetraram *habeas corpus* contra ato do Presidente dos Estados Unidos, sustentando a ilegalidade da prisão, seja por ausência de ato terrorista da parte dos prisioneiros, seja pela falta de acusação formal e defesa técnica.

Os juízos de primeiro (*District Court for the District of Columbia*) e segundo graus (*Court of Appeals for the District of Columbia*) aplicaram ao caso o precedente *Johnson v. Eisentrager*, não conhecendo do *writ* por incompetência.

A Suprema Corte, em julgamento do Caso (*Rasul v. Bush*)⁸², no ano de 2004, pela mesma maioria do precedente anterior (6x3), decidiu em sentido oposto, realizando a distinção entre as hipóteses e não aplicando o precedente referido.

As notas distintivas entre os casos foram: a) os impetrantes não são nacionais de países em guerra contra os EE.UU.AA. e eles negam tenham perpetrado qualquer ato contra os EE.UU.AA.; b) eles nunca tiveram acesso a qualquer tribunal, tampouco foram acusados ou condenados; c) estão presos há mais de dois anos em território controlado e sob a jurisdição dos EE.UU.AA.

Determinou-se, assim, o conhecimento do *habeas corpus*, ante a competência da justiça estadunidense.

81. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/339/763/>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

82. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/03-334.ZS.html>>. Acesso em: 07 abr. 2020.

Em *New York v. Belton* (1981)⁸⁴, um automóvel em alta velocidade foi abordado pela polícia, que notou cheiro de ‘maconha’ vindo de seu interior, ali visualizando um envelope provavelmente contendo essa droga. Os agentes então ordenaram que os suspeitos saíssem do carro e lhes deram voz de prisão por posse ilegal de droga. Depois de realizar busca pessoal em seus ocupantes, foi vasculhado o porta-luvas do veículo, encontrando-se cocaína no bolso de uma jaqueta que ali se encontrava, sendo seu titular processado também por posse dessa droga.

Em primeiro grau não foi albergada a tese de ilicitude da busca veicular, mas a Corte de Apelação de Nova Iorque reverteu a decisão.

Já a Suprema Corte Americana decidiu ser lícita a busca em compartimento veicular realizada no curso de prisão legítima de seu ocupante, não violando as Quarta e Décima Quarta Emendas⁸⁵. Reformou, assim, a decisão da Corte de Apelação de Nova Iorque. Pontuou que a jaqueta estava sob o imediato controle do indivíduo detido, cuja prisão justifica a busca pessoal e a realizada na área imediatamente a seu redor.

Em *Arizona v. Gant* (2009)⁸⁶ o réu fora preso por dirigir com a carteira suspensa, algemado e colocado na viatura antes que os policiais realizassem a busca veicular, em cujo curso foi apreendida, no interior de uma jaqueta, cocaína. Em primeiro grau foi negado o pedido para exclusão da prova resultante da busca, e ele foi condenado pela posse ilegal da droga.

Revertendo esse julgado, a Suprema Corte Estadual distinguiu esse caso do *New York v. Belton* porque a busca não fora justificada no interesse da segurança dos agentes e tampouco visando à preservação de prova.

A Suprema Corte manteve a decisão de segundo grau, concluindo ser legítima a distinção feita em segundo grau. Julgou que, por exigência da Quarta Emenda⁸⁷, a polícia

83. O caso também é estudado por Richard M. Re (Narrowing precedent in the Supreme Court. *Op. cit.*, p. 1.899-1.901).

84. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/453/454/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

85. A quarta emenda, como é cediço, protege os indivíduos contra busca e apreensões ilegais (sua redação integral encontra-se na nota n. 87, *infra*). A Décima Quarta, por sua vez, elenca uma série de direitos e garantias individuais, como devido processo legal e isonomia. Para a sua redação completa, v. <https://www.law.cornell.edu/wex/fourteenth_amendment_0>. Acesso em: 08 abr. 2020.

86. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/556/332/>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

87. Eis sua redação: “*Amendment IV. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”. Em tradução livre: “O direito dos indivíduos à inviolabilidade de sua integridade pessoal, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias não poderá ser violado e nenhum mandado será emitido, salvo por fundada suspeita baseada em juramento ou declaração, e particularmente descrevendo o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

pode realizar a busca em porta-luvas de um veículo no curso de prisão de ocupante apenas se for razoável acreditar que o indivíduo detido possa acessar o veículo naquele momento ou que no automotor exista elemento de prova relacionado ao crime que deu azo à prisão.

2.3.3.2. Direito nacional

Supremo Tribunal Federal, HC 81.611⁸⁸

Como é cediço, no HC 81.611⁸⁹, o STF decidiu ser imprescindível, a satisfazer a justa causa para deflagração de processo referente a crime material contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1º), a existência de lançamento definitivo do respectivo tributo⁹⁰.

No HC 90.795⁹¹, a Suprema Corte não aplicou o precedente referido, realizando a distinção entre os casos, embora não tenha aludido expressamente a essa técnica. O feito versava sobre crime contra a ordem tributária mediante a utilização de documentos falsos (notas fiscais e guias de acompanhamento de combustível e lubrificantes forjadas), apreendidos no curso de fiscalização de veículos.

Por se tratar de hipótese diversa do precedente, não sendo discutidos os contornos de obrigação tributária (existência do débito, valor e devedor), decidiu-se com acerto ser desnecessário o término do processo administrativo para início da ação penal⁹².

No HC 83.629/RN⁹³, o Superior Tribunal de Justiça também não aplicou o precedente do Supremo Tribunal Federal em questão, fazendo, também implicitamente, a distinção entre os casos. Considerou não haver dúvida acerca da existência do débito tributário, discutindo-se, apenas, a “responsabilidade por um elevado débito fiscal já reconhecido”. Outrossim, assentou apontar o Ministério Público Federal “crimes antecedentes e autônomos ao delito contra a ordem tributária, tais como quadrilha, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional, todos eles empregados como meio de impedir a apuração do elevado débito tributário já reconhecido pelos Pacientes”, concluindo não ser possível “impedir a apuração da ocorrência desses crimes, com a mera

88. O caso também é estudado por Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior (*Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit.*, p. 91-93).

89. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 10.12.2003, DJ 13.05.2005, p. 6, Ement v. 02191-1, p. 84.

90. Este precedente, em conjunto com outros, deram origem à Súmula Vinculante 24, cujo verbete é: “não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

91. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 04.12.2007, DJe-036 28.02.2008, Public 29.02.2008, Ement v. 2309-02, p. 238; RTJ, v. 205-03, p. 1.295.

92. Discorda-se, portanto, do posicionamento de Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior, para quem a distinção realizada foi *inconsistente* (*Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit.*, p. 92-93).

93. Relª. Minª. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 25.03.2008, DJe 22.04.2008.

alegação de inexistência de lançamento definitivo, mesmo porque não se discute na seara administrativa a existência do crédito tributário”.

As notas distintivas entre os casos, bem exploradas no acórdão, são suficientes a dar sustentáculo à distinção, que se mostrou legítima⁹⁴.

Supremo Tribunal Federal, HC 85.185 e Súmula 691⁹⁵

Um último exemplo é o de distinção realizada pela não aplicação de Súmula.

De acordo com a Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, editada no ano de 2003, “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Já no ano de 2004 a Súmula foi excepcionada, estabelecendo o Supremo Tribunal Federal que “a exceção corre à conta de flagrante constrangimento ilegal”⁹⁶.

No julgamento do HC 85.185, datado do ano seguinte, chegou a ser inclusive proposto o cancelamento da Súmula, ideia que acabou por maioria sendo rejeitada, sendo repisada, contudo, a exceção já referida ao verbete sumular⁹⁷.

Nesse julgamento os ministros discutiram longamente sobre a finalidade da Súmula e a viabilidade de sua interpretação, defendendo o Ministro Sepúlveda Pertence, invocando lição de Victor Nunes Leal, que quando uma súmula merece interpretação ampliativa ou restritiva já não cumpre seu papel, devendo ser revogada. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes se referiu à doutrina estadunidense do *stare decisis*, explicando que há possibilidade de afastamento de um precedente pelas técnicas do *distinguishing* e *overruling*.

Fora de dúvida que a súmula, como qualquer precedente ou norma jurídica, é passível

94. Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior posiciona-se em sentido diverso, acoimando essa distinção de *inconsistente* (*Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit.*, p. 91-92).

95. O caso também é estudado por Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior (*Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro. Op. cit.*, p. 93-95).

96. HC 84.014 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 30.03.2004, DJ 25.06.2004, p. 62, Ement v. 02157-02, p. 325.

97. Eis a ementa do julgado: “1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. *Habeas corpus*. Impetração contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em *habeas corpus*. Rejeição de proposta de cancelamento da Súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da Súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido” (HC 85185, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. em 10.08.2005, DJ 01.09.2006, p. 18, Ement v. 2245-04, p. 800).

de interpretação, mas não se pode deixar de considerar que um precedente diuturnamente alvo de distinção tem sua força enfraquecida, consoante já pontuado e, no caso da Súmula 691, tantas são as hipóteses em que foi afastada⁹⁸ que o Supremo Tribunal Federal pode ser acusado de aplicá-la casuisticamente. O próprio Ministro Peluso, no julgamento em comento, chegou a advertir que, mantida a súmula, passaria a ter “a seguinte leitura: não compete ao Supremo conhecer, exceto nos casos em que o Supremo entende que compete conhecer!”. Mais adequado seria, portanto, fosse essa súmula cancelada.

2.4. SINALIZAÇÃO (SIGNALING)

A maioria dos precedentes que carecem de congruência social e consistência sistêmica são sujeitos à superação (*overruling*)⁹⁹. O manejo desse instrumento, todavia, não seria adequado se o precedente não fosse alvo de substancial crítica da comunidade jurídica. Em outras palavras, a falta de um marcador objetivo a denotar o acerto de sua superação torna a confiança justificada no precedente mais provável. Em situações como esta, uma alternativa à superação é o emprego de uma distinção inconsistente legítima, como já visto (*supra*, item 2.3.2)¹⁰⁰.

Outra possibilidade disposta a cargo do julgador é o emprego da técnica denominada *sinalização* ou *julgamento-alerta*¹⁰¹ (*signaling*), pela qual a corte segue o precedente, mas avisa que ele não é mais confiável¹⁰².

A sinalização é ferramenta preventiva e intermediária que se diferencia tanto da *distinção* quanto da *superação*, porquanto, ao contrário da primeira, o precedente é

98. Apenas para citar alguns casos mais recentes de seu afastamento: HC 156600, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 25.09.2018, DJe-203 18.09.2019, Public 19.09.2019; HC 156730, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 26.06.2018, DJe-163 10.08.2018, Public 13.08.2018; HC 147192, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 18.12.2017, DJe-035 22.02.2018, Public 23.02.2018; HC 146813, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 10.10.2017, DJe-260 14.11.2017, Public 16.11.2017; HC 143247, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 10.10.2017, DJe-022 06.02.2018, Public 07.02.2018.

99. V. *infra*, item 2.5.

100. EISNEBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 121.

101. Tal como Ravi Peixoto (*Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 225) e Lucas Buril de MACÊDO (O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 687), consideramos a sinalização e o julgamento-alerta como sinônimos. Antonio do Passo Cabral entende serem distintas as técnicas, argumentando que na *signaling*, ao contrário do que ocorre no julgamento-alerta, a Corte reconhece que o precedente está equivocado e deve ser superado, mas o mantém em nome da segurança jurídica, sinalizando futura revogação (A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, a. 38, v. 221, p. 39, jul. 2013). Sustentamos que na *signaling* a Corte não possui essa conclusão taxativa. Ao contrário, tal qual ocorre ao realizar uma distinção inconsistente legítima, o tribunal está em dúvida acerca da justiça de sua superação, tanto que não está obrigado a posteriormente revogar o precedente, podendo mantê-lo. No mesmo sentido: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Op. cit.*, p. 163.

102. EISNEBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 122. No original: “*Signaling is a technique by which a court follows a precedent but puts de professional on notice that the precedent is no longer reliable*”.

aplicado; ao revés da segunda, mantido.

O emprego da técnica é de fundamental importância, inclusive em hipóteses em que já há crítica na comunidade jurídica sobre a inadequação social do precedente, nas áreas em que a segurança jurídica é especialmente relevante e a confiança legítima no precedente provável, como, por exemplo, no que toca a direitos reais, nos quais advogados são comumente consultados antes que um indivíduo tome determinada decisão¹⁰³.

A sinalização deve, logo, ser empregada nos casos em que, a despeito da falta de adequação social do precedente, a superação não se mostra oportuna em razão dos valores da segurança jurídica e proteção da confiança.

Além de preservar a confiança legítima, a sinalização facilita posterior superação do precedente, tal qual ocorre nas distinções inconsistentes¹⁰⁴. A partir da decisão do julgamento-alerta, a comunidade jurídica debaterá de modo intenso o assunto, subsidiando a Corte com fundamentos para futura decisão de superação ou manutenção do precedente. Outrossim, a sinalização possibilita que outras Cortes promovam a superação antecipada do precedente (*anticipatory overruling*)¹⁰⁵ ou não apliquem institutos processuais que tenham por requisito a existência de jurisprudência estável, como, por exemplo, o julgamento monocrático de recursos (art. 932, IV e V, do CPC e art. 593 do PL 8.045/2010). Esses julgamentos posteriores, não apenas pelo seu teor, mas também pela constatação de suas consequências, municiarão o Tribunal que editou o precedente com dados suficientes para melhor sopesar qual decisão se afigura mais justa – a manutenção ou superação do julgado vinculante.

Acresce que diante desse alerta as pessoas ficam cientes de que eventual conduta que seja pautada no precedente, se mantida, pode vir a não mais ser tutelada com base na confiança legítima¹⁰⁶.

Saliente-se que em caso de manutenção do precedente por decisão posterior haverá seu robustecimento por novos argumentos, com incremento em sua força e estabilidade¹⁰⁷.

Havendo a sinalização, possível que eventual superação posterior tenha efeitos retroativos, fixando-se como marco inicial a data da decisão que sinalizou a revogação do

103. EISNEBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 121-122.

104. EISNEBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 122.

105. V. *infra*, item 2.5.3.

106. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Op. cit.*, p. 35.

107. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Op. cit.*, p. 38.

precedente¹⁰⁸.

A fim de que atinja seu objetivo preventivo de alertar a comunidade jurídica acerca da possibilidade de superação do precedente, salutar que a decisão que faça uso do presente instrumento seja clara e precisa, devendo-lhe ser outorgada a maior publicidade possível, especialmente quando a *signaling* integrar os *obiter dicta* do julgado¹⁰⁹.

De se ressaltar que a mera existência de voto divergente não pode dar supedâneo à conclusão de que naquela decisão se adotou a sinalização¹¹⁰. Mesmo nos julgados decididos por maioria de votos, a sinalização deve ser fruto da vontade majoritária.

A crítica que se faz ao instituto repousa justamente na incerteza que causa. Não se sabe a partir de sua utilização qual a conduta deve ser mantida, e tampouco quando e se a questão será reapreciada pela Corte. Ao invés, portanto, de maior estabilidade e segurança jurídica, a técnica promoveria, na visão de Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, justamente o contrário: instabilidade e insegurança. Defendem os autores, dessarte, não seja incorporada ao direito brasileiro, preferindo-se a superação, ainda que em prospectiva, com o fito de tutelar a segurança jurídica e confiança legítima, alvitando-se, para mais profícuo debate antes da prolação da decisão, a admissão de *amici curiae*, pedido de informações a tribunais inferiores e realização de audiências públicas¹¹¹.

Deve-se ponderar, entretanto, como faz Marinoni, que a comparação da técnica *signaling* com a do *prospective overruling* não prescinde da análise do caso concreto e das consequências da aplicação de uma ou outra, podendo ser preferível, em determinada hipótese, a sinalização ao invés da revogação do precedente com modulação de efeitos, ou seja, “quando a segurança jurídica justifica a manutenção do precedente até que os jurisdicionados tenham plena consciência de que não mais devem considerá-lo para pautar suas atividades”¹¹².

Não se pode deixar de considerar, sem embargo, que o emprego da sinalização

108. Melvin Aron Eisenberg cita nessa direção a decisão da Suprema Corte de Massachusetts (*Whitinville Plaza, Inc. v. Kotseas* – 1979), na qual, superados os precedentes *Shade e Norcross*, julgou-se que a novo entendimento era aplicável a todos os pactos formulados após a prolação da decisão do caso *Shell Oil Co. v. Henry Ouellette and Sons Co.* – 1967, quando sinalizada a superação em questão (*The nature of the common law. Op. cit.*, p. 123-124).

109. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Op. cit.*, p. 41-43. Discorda-se, assim, de Lucas Buril de Macêdo, para quem a sinalização não precisa ser expressa (O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 688).

110. CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Op. cit.*, p. 42.

111. MACÊDO, Lucas Buril de. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 704; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 226-228.

112. *Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 244.

exige maturidade institucional e uma arraigada cultura de respeito aos precedentes. De tanto valor que lhes outorgam e aos seus corolários estabilidade e segurança, os julgadores do *common law* têm extremo cuidado no processo de sua revogação, estando sempre atentos a tutelar a legítima confiança derivada dos precedentes. Por isso é que, tal qual a escrita de um romance em cadeia (Dworkin)¹¹³, muitas vezes antes da revogação um precedente é alvo de distinção inconsistente ou sinalização.

Em nosso ordenamento, todavia, é incipiente o sistema precedentalista, não possuindo ainda os precedentes judiciais vinculantes a mesma estabilidade dos países do *common law*¹¹⁴. Daí porque é recomendável que a sinalização seja utilizada *cum grano salis*, em hipóteses em que de modo patente se revele imprópria, por deveras abrupta, a superação. Do contrário, melhor o emprego da *overruling*, com modulação de efeitos, cuidando-se, para decisão mais escorreita, socorrer-se dos *já citados instrumentos* (*admissão de amici curiae*, pedido de informações aos tribunais inferiores, realização de audiências públicas)¹¹⁵.

2.5. SUPERAÇÃO OU REVOGAÇÃO (OVERRULING)

Como já estudado, uma vez constituído um precedente vinculante, além de possuir força obrigatória, ele adquire estabilidade, ou seja, tende a perdurar por significativo lapso temporal, de molde a tutelar a confiança legítima, trazendo segurança jurídica (*supra*, item 1.6.2).

Isso não significa, porém, sejam os precedentes vinculantes eternos. Ao contrário, o sistema precedentalista não redunde em engessamento do direito, que deve sempre acompanhar as transformações sociopolítico-econômicas (*supra*, item 1.6.3). Deveras, a cultura dos precedentes não faz do juiz, como define Goodhart, “um escravo do passado e um déspota do futuro, limitado pelas decisões de seus predecessores mortos e mandatário para gerações de futuros julgamentos daqueles que o sucederão”¹¹⁶.

Superação ou revogação de um precedente (*overruling*) é, pois, a técnica pela qual um precedente vinculante deixa de sê-lo.

113. V. item 2.1, *supra*.

114. V item. 1.6.2, *supra*.

115. Dispõe o Enunciado 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da Corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

116. GOODHART, Arthur Lehman. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, London v. 50, n. 1, p. 61, jan. 1934. No original: “(...) a slave to the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgments of those who will succeed him”.

Ao contrário do que se passa na *distinguishing*, na superação o precedente perde sua autoridade. Enquanto a *distinção* é uma forma de emenda, a *overruling* é de revogação e, portanto, uma atividade judicial mais radical. Mas isso não significa que a *overruling* enfraquece a doutrina do *stare decisis*. Antes, é um método pelo qual um precedente é negado para preservação do direito¹¹⁷.

É pressuposto da superação, especialmente em nosso sistema, que a decisão judicial que forjou o precedente anterior tenha transitado em julgado; do contrário, haveria sua mera reforma dentro do sistema recursal, antes que ela configurasse precedente¹¹⁸.

A superação pode ser parcial ou total.

A revogação atinge a parte vinculante do precedente, sua *ratio* (ou *rationes decidendi*)¹¹⁹. Uma maneira de implementar a superação é considerar que aquilo que se entendia como *ratio* configura, em realidade, mero *obiter dictum*, ou então que parte de sua *ratio* passa a ser *obiter dictum* (na hipótese de revogação parcial)¹²⁰.

Via de regra, ao ocorrer a superação de um precedente vinculante há a edição de nova decisão obrigatória que passa a reger a *quaestio juris* ventilada, mas essa afirmação não é absoluta, máxime em nosso sistema, podendo, *v.g.*, haver a revogação de uma súmula sem que ocorra sua substituição por outro precedente vinculante.

Além de perder sua força obrigatória, com a revogação passa o precedente anterior a ter pouca força persuasiva, configurando mais um dado histórico que decisão a ser seguida por outros juízos¹²¹.

Na solução da difícil equação de manutenção tanto da segurança jurídica quanto da atualidade e justiça do direito, explica Melvin Eisenberg que são princípios institucionais a reger o *overruling*, vale dizer, critérios para o manejo legítimo dessa técnica: a) falta de congruência social e consistência sistêmica do precedente; b) a isonomia e segurança jurídica não sustentam mais sua manutenção¹²².

No tocante à falta de congruência social, pondera Paulo Sérgio Duarte da Rocha Júnior que

117. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 122.

118. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 211-212.

119. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 131-133.

120. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. *Op. cit.*, p. 231.

121. Obtempera Bryan A. Garner que um precedente superado não pode ser considerado bom direito (*good law*), tampouco obrigatório, mas um precedente parcialmente revogado mantém seu valor na parcela incólume (GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent*. *Op. cit.*, p. 308).

122. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 104-105.

quando ausente um sentimento social difuso de obediência, credibilidade e respeito pela regra oriunda do precedente, o direito perde o contato com a realidade e torna-se difícil exigir seu cumprimento. As regras precisam ter argumentos sustentáveis por trás de si, para que mesmo os leigos consigam compreender que elas têm uma razão justificada de ser, ainda que não concordem com ela. Sem isso, ao menos para a sociedade, de muito pouco vai adiantar a previsibilidade, a segurança jurídica ou a eficiência do modelo precedentalista, que antes de tudo precisa ser justo. É esse tipo de congruência social que as regras provenientes de precedentes precisam ter, sob pena de se deixar os jurisdicionados perplexos e descrentes relativamente às regras e ao aparato judiciário. Neste sentido, um precedente pode, com o passar do tempo e/ou mudança de hábitos ou de valores sociais, começar a ser desacreditado, tornando necessária sua rediscussão e, eventualmente, sua mudança¹²³.

No mesmo sentido, Zenon Bankowski adverte que mudanças na tecnologia, comércio e serviços, além de valores tocantes a gênero e relações familiares, por exemplo, podem gerar um sentimento de que os precedentes estão em descompasso com as necessidades e aspirações da sociedade. Outrossim, novas concepções sobre direitos básicos e liberdades públicas podem converter o respeito aos precedentes, ao invés de preservação da sabedoria do passado, em um peso morto a impedir o progresso social, resultando em injustiça substancial disfarçada de justiça formal que trata casos semelhantes igualmente¹²⁴.

A inconsistência sistêmica, afóra conflito com outros precedentes e doutrina, pode derivar de posterior alteração legislativa (lembrando-se que, no conflito entre lei e precedente, prevalece aquela – *supra*, item 1.7)¹²⁵ ou de mutação constitucional. Acrescente-se, ainda, a decisão *per incuriam*, fruto de erro manifesto, objetivamente aferível¹²⁶.

Mutação constitucional, na definição de Luís Roberto Barroso, “consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto”¹²⁷. Surge a partir de mudança social ou de concepção jurídica.

Para ser legítima, deve a mutação constitucional estar circunscrita nas possibilidades

123. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Op. cit., p. 97-98.

124. BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 491.

125. De acordo com o Enunciado 322 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (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”.

126. Michael J. Gerhardt adverte que a maior parte das razões dadas pela Suprema Corte Estadunidense para revogar um precedente são *inconsistência com precedentes posteriores* (citada em ao menos 70 casos) e *erro da decisão* (citado em 39 casos). Justificativas menos frequentes são *inviabilidade (unworkability)* do precedente e *mudanças circunstanciais* (*The power of precedent*. Op. cit., p. 18-19).

127. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125.

semânticas da norma e, além disso, preservar os princípios fundamentais da Constituição¹²⁸.

Nos EE.UU.AA., as principais mudanças constitucionais no século XX não vieram por emendas constitucionais, mas sim pela *overruling* de seus precedentes (afora edição de leis infraconstitucionais)^{129/130}.

Neil Duxbury leciona que a mais óbvia razão para a superação de um precedente de Corte inferior é que ele tenha sido fruto de um erro. A questão se torna mais delicada, porém, em se tratando de precedente da própria Corte ou de juízo de igual grau hierárquico. Nessas hipóteses, requer-se demonstração mais rigorosa do erro, que deve ser evidente. Por vezes pode-se exigir uma razão mais forte para superar o precedente fruto de erro, *i.e.*, que sua superação ensejará aprimoramento geral do direito, ou que esse procedimento não turbará expectativas legítimas de cidadãos que se comportaram de acordo com o conteúdo da sua *ratio*, ou então que a desejada retificação não pode ser alcançada por interferência legislativa¹³¹.

A técnica da superação também é empregada para corrigir discricionariedade judicial inapropriada¹³², que também se enquadra no critério de inconsistência sistêmica.

Frise-se que a superação deve ser o último recurso a ser utilizado, na medida em que os custos gerados pelo seu emprego podem ser significativos: pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, talvez tenham investido pesadamente para entender e agir conforme a nova regra, e até mesmo litigado para que o Poder Judiciário tornasse a

128. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127. O tema também se relaciona com o denominado “ativismo judicial”. Embora instigantes (tanto a mutação constitucional quanto o ativismo judicial), seu aprofundamento ultrapassa os lindes desta pesquisa, ficando recomendada, para aprofundamento do segundo tema e sua relação com os precedentes judiciais, a obra: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2015.

129. ACKERMAN, Bruce. *The living constitution*. *Harvard Law Review*, Cambridge (Massachusetts), v. 120, n. 7, p. 1.741-1.742, maio 2007.

130. Estudo publicado em 2008 por Michael J. Gerhardt apontou que apenas quatro precedentes da Suprema Corte Estadunidense foram superados por emendas constitucionais: *Chishom v. Georgia* (1793), pela Emenda Décima Primeira; *Dred Scott v. Stanford* (1856), pela Décima Quarta; *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.* (1895), pela Décima Sexta; e *Oregon v. Mitchell* (1970), pela Vigésima Sexta Emenda (*The power of precedent*. *Op. cit.*, p. 9).

131. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 118-119.

132. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 119-122. Exemplifica o autor: imagine-se que determinado estatuto (X) permita quatro interpretações (A, B, C e D), ou, em outras palavras, alguma discricionariedade (*discretion*), porém limitada (*constrained*). No caso P1, uma Corte cria um precedente decidindo que o efeito de X deve ser A. Posteriormente, outra Corte pode preferir que X signifique B. Todavia, essa Corte não teria base para revogar o precedente P1. Fazendo assim apenas substituiria uma interpretação permitida por outra. Se essa espécie de *overruling* fosse possível, a certeza e previsibilidade do direito seria significativamente diminuída. Por essas razões, as chances do precedente P1 ser superado são poucas. Agora imagine-se que, ao julgar P2, uma Corte decida que X deve significar E. Como não é uma interpretação possível de X, é esperado que uma Corte com competência para superar P2 o faça, a menos que possa demonstrar uma especial razão para aderir a essa interpretação. A diferença fundamental entre os dois precedentes (P1 e P2) é que no primeiro a Corte exercita a discricionariedade dentro das interpretações possíveis. No segundo, a discricionariedade é imprópriamente exercida, sendo arbitrária.

regra mais clara ou refinada¹³³.

Consoante já assentado (*supra*, item 2.4), a falta de congruência social e consistência sistêmica conduzem à superação da maior parte dos precedentes, mas o emprego dessa técnica seria impróprio se o precedente não fosse objeto de autorizada crítica da comunidade jurídica, hipótese em que a confiança justificada no precedente seria mais provável.

Ressalte-se que a crítica doutrinária a demonstrar a existência de motivos suficientes para revogação do precedente deve ser disseminada e sólida, proferida por autorizadas vozes da área respectiva, e não apenas traduzir divergência de posicionamento, que no trato de questões jurídicas é comum, além de saudável em uma democracia.

E mesmo havendo balizada crítica da comunidade jurídica, pode haver situações em que a superação não seria a melhor solução em vista dos valores subjacentes ao sistema precedentalista, notadamente estabilidade e proteção da confiança legítima. Em outras palavras, um precedente apenas deve ser revogado se as vantagens daí advindas superarem os seus custos¹³⁴.

Em situações como esta, em que a isonomia e segurança jurídica justificariam a manutenção do precedente, mais salutar que a superação seria o emprego de uma distinção inconsistente legítima (*supra*, item 2.3.2) ou da sinalização (*supra*, item 2.4).

Como na escrita de um romance em cadeia¹³⁵, muitas vezes a superação de um precedente ocorre paulatinamente, perdendo aos poucos sua coerência social e consistência sistêmica, sendo alvo, inicialmente, de distinção inconsistente, sinalização (*supra*, itens 2.3.2 e 2.4) ou superação antecipada (*infra*, item 2.5.3), até que acaba por ter sua *ratio* totalmente superada, ou seja, objeto da presente técnica de *overruling*.

Em outras oportunidades, quando já sacramentadas a sua incongruência social e inconsistência sistêmica, normalmente diante do ataque sofrido por balizada doutrina, o precedente é revogado sem passar pelo caminho supracitado, configurando a aplicação do *overruling* uma curva acentuada em seu curso¹³⁶.

A confiança depositada em um precedente, para evitar sua revogação, a despeito de sua incongruência social e inconsistência sistêmica, deve ser legítima. Não podem alegar

133. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 122-123.

134. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 121-122.

135. Terminologia, como se viu (*supra*, item 2.1), empregada por Dworkin. Melvin Aron Eisenberg utiliza-se de outra analogia para explicar o fenômeno, qual seja, a evolução darwiniana, explicando que há casos em que uma nova doutrina é desenvolvida por pequenos passos graduais (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 126).

136. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 126-127.

confiança justificada aqueles que: a) não consultaram um advogado previamente antes de realizar determinada conduta; b) embora tenham realizado a consulta, obtiveram conselho errôneo; c) conquanto hajam buscado o aconselhamento técnico, foram advertidos de que o precedente que aparentemente rege a matéria estava em vias de ser revogado, especialmente porque assim sinalizado pela Corte de origem ou porque objeto de distinções inconsistentes, mas optaram por agir em conformidade com o precedente¹³⁷.

Em relação à competência para revogação, apenas a própria Corte que editou o precedente, ou superior, é que pode superá-lo. A superação de um precedente por corte superior é denominada *overruling vertical*. Já a realizada pela corte que editou o precedente *overruling horizontal*.

Frise-se que Corte inferior não pode superar precedente de Corte superior. Quando muito, pode aplicar técnica diversa, superação antecipada (a ser oportunamente analisada – *infra*, item 2.5.3). A decisão de Corte inferior que não aplica precedente obrigatório de Corte superior incidente no caso traduz erro de julgamento, ensejando sua reforma. Todavia, a maneira pela qual um juízo de grau inferior estimula a superação de um precedente é sua aplicação com ressalvas, técnica que no sistema do *common law* é denominada *disapproval* (desaprovação)¹³⁸.

Em nosso ordenamento, por exemplo, o STF pode superar seus próprios precedentes e de Cortes a ele inferiores, como o STJ, editando decisão vinculante incompatível com outra da Corte inferior. Tribunal Estadual, no entanto, não pode superar decisão do Superior Tribunal de Justiça.

No direito inglês, desde a constituição da doutrina do *stare decisis*¹³⁹, entendia-se que a *House of Lords* (desde outubro de 2009 *Supreme Court of the United Kingdom*) não poderia revogar seus próprios precedentes, ou seja, os precedentes horizontais não eram sujeitos a *overruling*. Apenas no ano de 1966, com a adoção de uma *Practice Statement* (equivalente a Resolução Judicial), é que passou essa Corte a admitir a superação de seus próprios precedentes¹⁴⁰.

137. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 110-111.

138. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 85.

139. A regra do *stare decisis* foi proclamada na Inglaterra pela *House of Lords* no julgamento *London Trainways Co. v. London Country Council* (1898) e nos EE.UU.AA. pela *Supreme Court* em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932) (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. *Op. cit.*, p. 105). O assunto será abordado com mais profundidade no item 3.1, *infra*.

140. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 123. Pelo valor histórico, concisão e clareza, vale transcrever parte dos fundamentos desta revolucionária decisão: “*Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify*

Isso não significou, todavia, que o direito inglês perdeu seu atributo de estabilidade. De fato, Cross e Harris apontam, em estudo atualizado no ano de 1991, que até então apenas oito precedentes tinham sido revogados¹⁴¹. Em estudo mais recente, Bankowski, MacCormick e Marshall pontuam que nas últimas décadas a Suprema Corte inglesa não revogou mais de um precedente por ano¹⁴².

A despeito de nos EE.UU.AA. a possibilidade de superação dos próprios precedentes pela Suprema Corte haver aparentemente sempre existido, podendo ser identificado seu primeiro exercício em 1844 (*Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson*)¹⁴³, essa Corte, de 1789 a 2009, superou, em 134 casos, apenas 210 precedentes¹⁴⁴.

Consoante adverte Schauer, a despeito da faculdade de uma Corte revogar seus próprios precedentes, a adoção dessa técnica requer mais que apenas a crença de que a decisão anterior fora fruto de erro. Se isso fosse suficiente, a doutrina do *stare decisis* não teria qualquer significado, porquanto é precisamente seu ponto fulcral que uma Corte deve tratar uma decisão anterior como vinculante apenas porque ela existe e não porque ela é reputada correta. Se uma Corte pudesse superar toda decisão anterior que acreditasse ser errada, então inexistiria o princípio da *stare decisis*¹⁴⁵.

Sem embargo, por vezes determinada Corte julgará que uma de suas decisões prévias é extremamente errônea ou que a manutenção de um erro anterior é tão grave que a *overruling* se afigura impositiva. A Suprema Corte Estadunidense costuma, nesse sentido, exigir para a revogação de um precedente “especial justificação” (*special justification*), ao passo que na Inglaterra o padrão (*standard*) requerido é que a decisão anterior seja “manifestamente errada” (*manifestly wrong*)¹⁴⁶.

their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law” (Idem, ibidem, p. 126-127). Em tradução livre: “Os Lords consideram o uso do precedente indispensável para decidir o que é o direito e sua aplicação a casos individuais. Ele fornece pelo menos algum grau de certeza sobre o qual os indivíduos podem confiar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado de regras legais. Os Lords reconhecem, no entanto, que uma adesão muito rígida a precedentes pode levar a injustiça em um caso específico e restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito. Eles propõem, portanto, modificar sua prática atual e, embora tratem as decisões anteriores desta Câmara como normalmente vinculantes, podem afastar-se de uma decisão anterior quando parecer correto. Nesse sentido, eles terão em mente o perigo de prejudicar retrospectivamente a base sobre a qual foram celebrados contratos, acordos relativos a direitos reais e disposições fiscais estabelecidas, e a necessidade especial de segurança quanto ao direito penal”.

141. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 135.

142. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom. Op. cit.*, p. 329.

143. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 123.

144. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent. Op. cit.*, p. 9.

145. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning. Op. cit.*, p. 59-60.

146. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning. Op. cit.*, p. 60.

Não se pode deixar de observar que, no direito pátrio, em que a cultura precedentalista é incipiente, ocorre justamente o contrário, ou seja, os precedentes são revogados com frequência maior do que a sua estabilidade recomendaria¹⁴⁷.

Exige a superação de um precedente ônus argumentativo *qualificado*, devendo a Corte explicitar as razões pelas quais o precedente anterior não goza mais de consistência social e sistêmica, ou mesmo demonstrar o erro da decisão anterior (decisão *per incuriam*). Outrossim, deve também ser comprovado que sua revogação implica ônus menor que sua manutenção^{148/149}.

Corolário dessa exigência é que seja feita a aplicação da *overruling* de maneira explícita, o que outorga maior transparência e clareza ao processo, além de tutelar a segurança jurídica. Entretanto, não é incomum a revogação implícita, alvo de crítica da doutrina¹⁵⁰, não escapando nem mesmo os ordenamentos do *common law*, nos quais a cultura precedentalista é centenária, do problema do conflito de precedentes¹⁵¹.

Explana Michael J. Gerhardt que na maioria dos casos a Corte simplesmente aplica seus precedentes em conjugação com outras fontes, como a Constituição. A aplicação de precedentes requer sua interpretação, atividade que frequentemente implica sua modificação, seja para estender ou restringir seu alcance. Nesse processo, conseqüentemente, muitos precedentes são enfraquecidos, mas sem haver formal superação, havendo em parte dos casos a *overruling* implícita (*sub silentio*). A Corte, ao decidir, pode causar confusão quando não esclarece se está realizando uma *distinção* ou *superação implícita* de um precedente, dadas as conseqüências diversas da aplicação de uma ou outra ferramenta. Em pesquisa, o

147. Conforme já exposto no item 1.6.2, *supra*.

148. Para Neil Duxbury o processo de superação não pode ser considerado arbitrário; as razões para assim proceder devem ser especialmente sérias ou fortes, as quais devem ser tomadas públicas (*The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 117). O mesmo autor pontua que o ônus argumentativo para a superação é ainda maior do que o exigido na distinção (*Ibidem*, p. 110).

149. Dispõe o § 4º do art. 927 do CPC que “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”. O STF já pontuou que “(...) a alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalentes (...)” (ADI 4071 AgR, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 22.04.2009, DJe-195 15.10.2009, Public 16.10.2009, Ement v. 2378-01, p. 85; RTJ, v. 210-01, p. 207). Obtempera Magalhães Gomes Filho que “a exigência de motivação apresenta-se ainda maior no caso de se alterar um precedente estabelecido: trata-se não só de justificar a nova solução interpretativa, mas também – e principalmente – de dar as razões pelas quais a posição anterior foi abandonada” (*A motivação das decisões penais. Op. cit.*, p. 75).

150. Ravi Peixoto aduz que a superação implícita redundaria em falta de clareza da própria superação, dificultando a atuação das Cortes inferiores em interpretar o novo precedente, facilitando, de outro lado, a burla das condições para a superação de um precedente (*Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 199).

151. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 133-135. Os autores asseveram ser uma tendência atual que merece ser aplaudida o reconhecimento da existência de conflito de precedentes, e que é inútil deplorar essas ocorrências, pois inerentes à condição humana dos operadores do direito. O reconhecimento do conflito ao menos habilita a Corte a superar precedentes que conflitam com outros. A questão do conflito dos precedentes e os critérios para sua solução foram estudados no item 2.2, *supra*.

autor identificou dezessete ocasiões em que a Suprema Corte Estadunidense implicitamente revogou vinte e quatro precedentes anteriores. Cite-se, como exemplo, o caso *Arizona v. Fulminate* (1991), no qual a Suprema Corte implicitamente superou o precedente *Chapman v. California* (1967), que automaticamente invalidava condenação criminal lastreada em confissão obtida mediante coação¹⁵².

Impende ressaltar que alguns doutrinadores tratam de forma autônoma técnica que dominam de *transformation*, pela qual uma corte superaria um precedente, mas sem declarar que o faz¹⁵³. Não reconhecemos a autonomia dessa ferramenta, entendendo que equivale à superação implícita.

Importante salientar que a faculdade de superar seus próprios precedentes não pode ser aplicada apenas pela mudança da composição de uma Corte. A técnica, conforme analisado, tem por pressupostos critérios objetivos, não estando sujeita ao livre talante da convicção pessoal do julgador ou dos membros do colegiado. Como pondera Bryan A. Garner, a mudança da organização da Corte ou de seus membros justificam a rediscussão de precedentes anteriores apenas nas hipóteses em que se demonstre que tal caminho seria percorrido se a feição da Corte continuasse a mesma¹⁵⁴.

2.5.1. Efeitos da superação e sua modulação

Consoante já estudado no item 1.8, *infra*, ao qual nos reportamos para evitar repetição, os precedentes vinculantes têm em regra efeito *ex tunc*, sendo possível, todavia, haver sua modulação em vista dos princípios da segurança jurídica e tutela da confiança legítima quando sua edição surpreender, isto é, inovar no concernente à concepção então vigente acerca da matéria julgada.

Tal qual ocorre com a constituição de um precedente, sua revogação a rigor possui

152. *The power of precedent. Op. cit.*, p. 34-36.

153. Melvin Aron Eisenberg pontua que “*transformation occurs when a court fully overturns an established doctrine but does not announce that it has done so*” (EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge (Massachusetts: Harvard University Press, 1988. p. 132). Em tradução livre: “transformação ocorre quando uma Corte totalmente altera uma doutrina estabelecida, mas não anuncia que o faz”. Embora tente diferenciar essa técnica da *overruling*, reconhece que a distinção é mais formal que substancial (*Idem, ibidem*, p. 133). Luiz Guilherme Marinoni também trata a *transformation* de modo autônomo. Ao pretender diferenciar a transformação da superação, assevera que “o resultado obtido na decisão que fez o *overruling* não é compatível com o resultado do precedente revogado. Na *transformation*, porém, tenta-se muitas vezes compatibilizar o resultado do precedente transformado com o resultado alcançado no caso sob julgamento. Isso poderia ser visto como diferença substancial entre o *overruling* e a *transformation*. Acontece que essa compatibilidade é frequentemente artificial” (*Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 245). Não nos convencemos, pois, da autonomia científica dessa ferramenta, acreditando equivaler à superação implícita e, portanto, diante do princípio lógico da identidade, não merecer nome distinto. No mesmo sentido, a posição de Ronaldo Cramer (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Op. cit.*, p. 153).

154. GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 415.

efeitos retroativos, invocando-se aqui os fundamentos já expostos (item 1.8, *supra*)¹⁵⁵.

Consoante visto no item anterior (item 2.5), a revogação de um precedente vinculante é realizada quando, além de lhe faltar congruência social e consistência sistêmica, a isonomia e segurança jurídica não sustentam mais sua manutenção, *i.e.*, sua revogação não causará surpresa injusta (*unfair surprise*), abalando a segurança jurídica. Isso porque a revogação é antecedida na maioria dos casos de um caminho no qual o precedente é objeto de distinção inconsistente legítima, sinalização ou superação antecipada.

E mesmo que não passe a desconstituição do precedente por esse percurso, muitas vezes não há confiança legítima a tutelar, diante de prévia crítica de autorizada doutrina.

Em suma, por previsível a mudança jurisprudencial, a superação do precedente segue a regra da retroatividade.

Factível, porém, que a Corte haja por bem, ao invés de aplicar primeiramente as técnicas suprarreferidas (distinção inconsistente legítima e sinalização), desconstituir desde logo o precedente, mas, a fim de tutelar a segurança jurídica, confiança legítima e evitar surpresa injusta, module seus efeitos, técnica que vem sendo empregada, dentro da história do *common law*, mais recentemente^{156/157}.

Em outras palavras, a modulação de efeitos na revogação de um precedente é aplicável quando lhe falta congruência social e consistência sistêmica, mas a confiança legítima em seu conteúdo é bastante provável e os benefícios advindos da tutela dessa confiança superam os de tornar a regra socialmente congruente e sistemicamente consistente, de modo que a superação ordinária, com efeitos retroativos, seria inapropriada. Com a modulação de efeitos, a Corte supera a barreira relativa à confiança legítima e torna o direito mais socialmente congruente e sistemicamente consistente do que ele seria sem a *overruling*¹⁵⁸.

155. Como declarado pelo Justice Holmes em julgamento da Suprema Corte Estadunidense no ano de 1910, a regra da retroatividade das decisões judiciais é milenar (caso *Kuhn v. Fairmont Coal Co*). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/215/349/>>. Acesso em: 22 maio 2020. Há, porém, posição minoritária na doutrina de que na superação de um precedente a regra seria a da irretroatividade, como a defendida por Misabel Derzi (*Modificações da jurisprudência no Direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 188-189 e 567-568. No mesmo sentido, o Enunciado 55 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), do qual também discordamos: “pelos pressupostos do § 3º do art. 927, a modificação do precedente tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto”.

156. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 127.

157. Ronaldo Cramer sublinha que o primeiro caso em que realizada a *prospective overruling* pela Suprema Corte Americana foi no caso *Great Northern Railway Company v. Sunburst Oil & Refitting Company* (1932). Aduz também que “curiosamente, por conta desse caso, o nome Sunburst virou sinônimo de *prospective overruling*. Não é incomum se ouvir, em alguns tribunais americanos, a frase ‘*shall we sunburst this one?*’, para se indagar se deve ser feito o *prospective overruling*” (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 154-155). No mesmo sentido: GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent*. *Op. cit.*, p. 310.

158. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 129.

Na aferição da necessidade de modulação dos efeitos da *overruling* para tutelar a confiança justificada, deve-se considerar, como bem expõe Rodrigo Gismondi,

a confiança depositada pela sociedade no precedente revogado; o grau de previsibilidade até então existente a respeito do entendimento superado; o tempo durante o qual foi aplicado; o grau de sua aceitação pelo mundo jurídico e social; os custos de sua revogação para a sociedade; e, até mesmo, o impacto da superação do precedente na Administração da Justiça ou em outras esferas públicas¹⁵⁹.

Na modulação de efeitos há algumas opções. A mais simples, denominada de *prospective overruling* (revogação em prospectiva) é aplicar o novo entendimento ao caso em julgamento e aos fatos análogos ocorridos a partir da data da constituição do novo precedente¹⁶⁰.

Noutra possibilidade, denominada *pure prospective overruling* (superação em prospectiva pura), a regra é aplicável apenas a casos futuros, não incidindo nem mesmo na hipótese em julgamento¹⁶¹.

Uma terceira forma de modulação, que denominamos revogação em prospectiva a termo (*prospective overruling*, na classificação de Melvin Eisenberg), é determinar que o novo precedente se aplica a partir de determinada data futura, como foi feito pela Corte de Minnesota em *Spanel v. Mounds View School District n. 621* (1962), oportunidade em que foi revogada a doutrina da imunidade municipal, retardando os efeitos da nova regra para o fim da próxima sessão legislativa daquela unidade federativa¹⁶².

Outras variações na modulação também podem ser empregadas. Em *Molitor v. Kaneland Community Unit District n. 302* (1959), a Corte de Illinois superou a doutrina da imunidade municipal no caso em que uma criança (Thomas Molitor) ficou ferido em um acidente de ônibus escolar. Pela decisão originária o novo precedente não seria aplicável, salvo no caso de Thomas, a fatos ocorridos antes da data da decisão. Posteriormente, todavia, a Corte estendeu sua aplicação a sete outras crianças que eram passageiros daquele mesmo ônibus, em atenção à isonomia¹⁶³.

Viável também ser determinado que a retroação abarcará apenas processos que atingiram determinada etapa procedimental¹⁶⁴.

159. GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrecth Curi. Segurança jurídica e superação de precedentes judiciais: entre retroatividade e prospectividade da nova orientação jurisprudencial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, p. 184, jan./jun. 2015. Frise-se que outros critérios de tutela da confiança foram apontados no item anterior – 2.5.

160. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 127.

161. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 127-128.

162. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 128.

163. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 128.

164. ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. *Op. cit.*, p.

Deve-se lembrar que, tendo sido anteriormente empregada a técnica da sinalização, os efeitos da superação podem ser modulados para retroagir tão somente a partir daquela decisão sinalizadora¹⁶⁵.

A modulação dos efeitos na superação de um precedente, além das virtudes já citadas, não é imune a custos. Realmente, a modulação de efeitos gera julgamentos inconsistentes, ou seja, não uniformes. No exemplo já citado (*Molitor v. Kaneland*), não fosse o ajuste posterior feito pela Corte na modulação originária, as crianças tão vítimas quanto Thomas do acidente ventilado, ou até mesmo feridas mais gravemente, não se beneficiariam pela nova decisão vinculante. Mas ainda assim as pessoas feridas por negligência municipal antes de 16.12.1959 (data daquela decisão) tiveram seus casos julgados diferentemente dos das crianças referidas, sendo suas pretensões indenizatórias afastadas, diante da doutrina da imunidade municipal. Esta falta de isonomia com casos ocorridos antes da decisão sempre é presente quando se lança mão da superação em prospectiva e suas diversas modalidades. Ou seja, ao menos parcela dos casos serão decididos pelo precedente anterior que já foi julgado mau direito (*bad law*)¹⁶⁶.

Outras críticas podem também ser arguidas. Se a justificativa maior para a superação em prospectiva é a confiança legítima, parece também feri-la a aplicação do precedente ao caso em julgamento, cujos fatos também ocorreram antes da revogação da regra anterior. De outro lado, a não aplicação sistemática do novo entendimento ao caso sob julgamento (mediante a adoção da técnica *pure prospective overruling*) desestimularia a atividade das partes em buscar a superação de precedentes, pois, a despeito de arcar com os custos da demanda, não seriam beneficiadas pela nova regra. Em última análise a utilização desmedida da *pure prospective overruling* acabaria por engessar o direito¹⁶⁷.

O uso indiscriminado da *pure prospective overruling* também impactaria no papel dos operadores do direito, notadamente advogados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público. Realmente, eles acompanham a evolução dos precedentes justamente porque sabem de seus efeitos retroativos, ficando assim atentos ao seu processo de revogação, antecedido de críticas doutrinárias, distinções inconsistentes legítimas, sinalizações e superações antecipadas. Se, porém, sempre ocorresse a modulação de efeitos, notadamente com a *pure prospective overruling*, eles pouco se interessariam em manter essa atualização, pois orientariam a conduta de seus consultantes apenas com base nos precedentes vigentes, cuja alteração posterior não refletiria nos fatos anteriores¹⁶⁸.

115.

165. Como visto no item 2.4, *supra*, com citação de exemplo.

166. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 129.

167. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 130-131.

168. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law. Op. cit.*, p. 131.

No *common law*, porém, os custos da superação em prospectiva são apenas marginais, pois é empregada em pequena parte do universo de decisões objeto de *overruling*, o que serve de modelo para nosso sistema, em que ainda incipiente a cultura precedentalista. A aferição de justificada confiança deve ser meticulosa, sendo mister a avaliação se na área jurídica respectiva as pessoas normalmente se planejam com base no direito, levando-se em conta se a superação era previsível e se a confiança está moralmente justificada. As Cortes devem também considerar os efeitos da modulação não apenas para o caso em julgamento, mas para os demais abrangidos pelo novo precedente¹⁶⁹.

No direito brasileiro, há norma específica a reger a modulação dos efeitos da *overruling*, estatuinto o § 3º do art. 927 do Código de Processo Civil que “há hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”^{170/171}.

Apesar do silêncio do Código de Processo Penal a respeito do tema, e bem assim do Projeto de Lei do Novo Código (PL 8.045/2010), além de ser a regra do Código de Processo Civil aplicável analogicamente (art. 3º do CPP), a Lei 13.665/2018 inseriu norma análoga na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), qual seja, art. 23¹⁷².

A Lei que regulamenta a súmula vinculante também dispõe, em seu art. 4º, que ela “tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. A despeito de o dispositivo regulamentar sua formação, fora de dúvida que deve ser extensivamente interpretado, aplicando-se também à superação da súmula.

De se ressaltar que a surpresa, para ensejar a modulação dos efeitos do precedente, deve ser injusta. Imagine-se, por exemplo, que exista jurisprudência consolidada de tribunal

169. EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. *Op. cit.*, p. 132.

170. Para Ronaldo Cramer, apenas configura requisito para a modulação a segurança jurídica, em cujo favor deve convergir o interesse social. Afigura-se inconcebível existência de interesse social a ensejar modulação dos efeitos divorciada da segurança jurídica (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 157). Sobre a aplicabilidade do sistema de precedentes do CPC ao direito processual penal, v. item 4.3, *infra*.

171. O Superior Tribunal de Justiça, encampando a doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, pontuou que “(...) a modulação de efeitos do art. 927, § 3º, do CPC/15 deve ser utilizada com parcimônia, de forma excepcional e em hipóteses específicas, em que o entendimento superado tiver sido efetivamente capaz de gerar uma expectativa legítima de atuação nos jurisdicionados e, ainda, o exigir o interesse social envolvido (...)” (REsp 1721716/PR, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 10.12.2019, DJe 17.12.2019). Já decidiu também o STF, sob a égide do novo CPC, que “(...) descabe modular pronunciamento quando ausente alteração de jurisprudência dominante – artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil” (RE 602043 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 01.08.2018, DJe-185 04.09.2018, Public 05.09.2018).

172. “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

superior vedando a realização de audiência de instrução criminal por meio virtual. Durante a Pandemia do Covid-19, que assolou o mundo a partir do final de 2019, juízes de primeiro grau, premidos pela necessidade de dar concretude à duração razoável do processo, em vista da impossibilidade de realização de audiências presenciais, passam a decidir em desacordo com o precedente vinculante, realizando instruções virtuais. Posteriormente, o tribunal superior acaba por superar seu precedente vinculante, diante da nova realidade imposta pela crise sanitária mundial. Essa superação do precedente anterior, conquanto possa ser reputada surpreendente, não pode ser qualificada de *injusta*, pelo que deveria ter efeitos retroativos, atingindo todos as instruções realizadas anteriormente a essa *overruling* a partir do início da pandemia.

Recordamos que os efeitos de precedente constituído em ações de constitucionalidade já foram estudados (item 1.8, *supra*).

Lembre-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inicialmente não admitia a modulação de efeitos, seja na constituição ou na superação de precedentes, assinalando ser ela permitida apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade, *ex vi* do art. 27 da Lei 9.898/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999, mas chegou a admitir essa modulação antes mesmo de consagrada a possibilidade em lei¹⁷³.

No concernente ao momento da modulação, deve em regra ser feito na mesma decisão da superação do precedente, configurando poder-dever do Poder Judiciário a tutela da confiança legítima e a prevenção a surpresa injusta, aplicando-se o mesmo entendimento defendido quanto à constituição dos precedentes (item 1.8, *supra*)¹⁷⁴. Se assim não for feito, nada impede sejam opostos embargos declaratórios, a fim de suprir referida omissão¹⁷⁵.

173. Conforme analisado no item 1.8, *supra*, com citação do julgado em que o STJ modulou o precedente do STF que definiu o termo inicial do prazo recursal do Ministério Público. Ressalte-se que, mesmo na vigência do CPC/2015, tem afirmado o STJ que sob a égide do CPC/1973 era incabível a modulação de efeitos. Veja-se: “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CPC/1973. SÚMULA 418/STJ. CANCELAMENTO PELA CORTE ESPECIAL. PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESCABIMENTO. ENTENDIMENTO PACÍFICO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. Controvérsia acerca da modulação dos efeitos da decisão que cancelou a Súmula 418/STJ. 2. Descabimento da modulação de efeitos das decisões proferidas por esta Corte Superior na vigência do CPC/1973. Entendimento pacífico. 3. Manifestação específica da Corte Especial acerca da inaplicabilidade da modulação de efeitos no que tange ao cancelamento da Súmula 418/STJ. (...)” (AgInt no REsp 1567597/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 10.04.2018, DJe 24.04.2018).

174. O Superior Tribunal de Justiça, sob a vigência do CPC/2015, decidiu que “(...) a modulação de efeitos de decisão que supera orientação jurisprudencial é matéria apreciável de ofício, razão pela qual não configura inovação recursal (...)” (EDcl no REsp 1630889/DF, Rel^a. Min^a. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 27.11.2018, DJe 06.12.2018).

175. Rememore-se que, conforme exposto no item 1.8, *supra*, nas ações de declarações de inconstitucionalidade o STF inicialmente resistiu a admitir a oposição de embargos declaratórios para suprir omissão quanto à sua modulação, mas posteriormente passou a aceitar esse recurso. Referida Corte também tem admitido embargos de declaração para suprir omissão quanto à modulação na *overruling*. Nessa direção: “CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. MODULAÇÃO DE EFEITOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. (...) 1. O § 3º do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 preconiza que, ‘na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica’. 2. Tendo em vista a duradoura jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em sentido oposto ao

Impróprio, conseqüentemente, seja a modulação realizada em processo diverso do qual feita a *overruling*¹⁷⁶. Se assim ocorrer, o que terá havido é nova superação (ainda que parcial) do precedente que revogara o anterior, constituindo esta terceira decisão o precedente vinculante a ser seguido. Para tanto, porém, a Corte que assim procedeu deve ter competência para superar o precedente impugnado (tanto o segundo, que revogou o primeiro, quanto este)¹⁷⁷. Inviável, de qualquer modo, que juízo que não tenha competência

decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL neste precedente, surge, inevitavelmente, o interesse em resguardar os atos praticados ao longo de vários anos, enquanto perdurou a indefinição acerca do Juízo competente para dirimir a controvérsia. 3. Precedente: RE 586.453, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 6/6/2013, Tema 190 da Repercussão Geral. 4. Embargos de Declaração acolhidos para efeitos de modulação.” (RE 594435 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 21.08.2019, DJe-205 20.09.2019, Public 23.09.2019). Igualmente o STJ, na vigência do CPC/2015, tem admitido embargos de declaração para discutir a modulação de efeitos de precedente. Nesse sentido: EDcl no REsp 1634851/RJ, Rel^a. Min^a. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. em 18.03.2019, DJe 22.03.2019.

176. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. RESP 1.192.556/PE - REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.192.556/PE, processado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de que incide imposto de renda sobre o abono de permanência. Na época do julgamento do referido apelo nobre, em 06/09/2010, o CPC em vigor não previa a possibilidade de modular os efeitos de decisão proferida no julgamento de demandas repetitivas que alterasse a jurisprudência dominante sobre o tema, sendo certo que a extensão do acórdão não foi objeto de debate naquela ocasião. Não cabe à Turma, em processo diverso, modular os efeitos de recurso repetitivo já julgado, sob pena de “promover o rompimento da Segurança Jurídica e do Princípio da Isonomia, em confronto com os contribuintes que, calcados na presunção de legitimidade das leis, não demandaram contra o Fisco (Precedente da Excelsa Corte: Questão de Ordem no RE 353.657-5-PR)” (EDcl no AgRg no REsp 666.752/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, DJe 14/05/2008). Agravo interno desprovido”. (AgInt no REsp 1607619/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 05.06.2018, DJe 16.08.2018)

177. Já foi, no item 1.8, *supra*, apresentada opinião diversa, de Ravi Peixoto, para quem a modulação poderia ocorrer em feito diverso, em momento futuro. Na oportunidade, também foi criticado nosso sistema, com referência a caso em que o STJ ‘modulou’ precedente do STF que definiu o momento do interrogatório na Lei de Drogas. Deve-se destacar, nesse passo, que o STJ já decidiu que, tendo o STF, ao julgar a matéria, deliberado a respeito da modulação, descabe ao STJ inovar, devendo seguir a decisão do STF a respeito, sendo permitido ao STJ realizar a modulação apenas se não houver o STF se manifestado a respeito, podendo esse capítulo da decisão ser objeto de recurso ao STF. Veja-se: “(...) ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMADA NO RECURSO REPETITIVO RESP. 1.396.488/SC (TEMA 695) AO POSICIONAMENTO FIRMADO PELO STF. MODULAÇÃO DE EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO DO STJ AO QUE DECIDIDO PELO STF TAMBÉM QUANTO À MODULAÇÃO. (...) 4. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípio constitucional, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em sede de repercussão geral. 5. Muito embora tenha havido mudança de orientação jurisprudencial deste STJ, não é possível, para o caso, a modulação de efeitos tendo em vista que: 1º) a jurisprudência dentro do próprio STJ sempre foi controvertida quanto ao tema, alcançando pacificação somente quando do julgamento do próprio recurso representativo da controvérsia REsp nº 1.396.488/SC julgado em 25.02.2015, havendo curta vigência deste; e 2º) em casos onde a alteração da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ deriva de adequação a julgado posterior proferido pelo Supremo Tribunal Federal – STF (*overruling* vertical) a modulação de efeitos deve seguir a mesma solução dada também pelo STF, sob pena de permanecer a situação que se quer evitar de duplicidade de soluções judiciais para uma mesma questão, a fomentar insegurança jurídica (os Tribunais inferiores não saberão qual posicionamento seguir para o período), ineficiência da prestação jurisdicional (pois a parte prejudicada irá interpor recurso extraordinário/especial para afastar ou garantir a modulação) e desigualdade no tratamento dos jurisdicionados (pois o processo sofrerá solução diferente de acordo com o tribunal destinatário do recurso final). 6. Ou seja, se o STF decidiu pela modulação, solução idêntica há que ser adotada pelo STJ. Se o STF decidiu pela impossibilidade de modulação, do mesmo modo a impossibilidade há que ser acatada pelo STJ. Nesse sentido, a própria decisão sobre a modulação (positiva ou negativa) vincula posto que também dotada de repercussão geral, tudo também com o escopo de se evitar a litigância temerária. Mas se o STF simplesmente não se manifestou a respeito da modulação, resta a possibilidade de o STJ modular os efeitos de seu novo posicionamento, sendo que essa mesma modulação poderá ser objeto de recurso ao STF, a fim de que a jurisprudência das duas Cortes Superiores seja ali uniformizada (...).” (REsp 1570531/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 04.02.2020, DJe 10.02.2020)

para superar o precedente pretenda modular seus efeitos¹⁷⁸.

Na superação de precedentes não se aplica o quórum exigido para a modulação de efeitos em declarações de inconstitucionalidade (arts. 27 da Lei 9.898/1999 e 11 da Lei 9.882/1999), restrito a esta espécie de decisão, seja em controle concentrado ou difuso¹⁷⁹.

Finalmente, impende ressaltar que a regra da retroatividade do precedente encontra limite na autoridade da coisa julgada, aplicando-se à *overruling* o quanto já estudado no item 1.8.1, *supra*, ao qual nos reportamos para evitar repetição. Em resumo, aplica-se o novo precedente aos fatos anteriores ainda não apreciados definitivamente pelo Poder Judiciário, prevalecendo a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR) em relação à *overruling*.

2.5.1.1. Os efeitos da superação de precedentes de direito penal material e processual

Discute-se se os efeitos da superação de precedentes de direito penal material devem seguir a regra geral, da retroatividade, podendo ser modulados quando presentes as condições expostas no item anterior (item 2.5.1), ou então regra diversa, também aplicável à lei penal, qual seja, da retroatividade benéfica (CR, art. 5º, XL; art. 2º do Código Penal) aplicando-se as *overrulings* que desfavoreçam os acusados apenas a fatos ocorridos posteriormente à data da superação.

Para uma primeira corrente, sendo os precedentes fonte do direito, uma vez cristalizada uma interpretação da lei penal, sua alteração agravando a situação do réu equivaleria à edição de *novatio legis in pejus*, sendo garantia universal sua irretroatividade¹⁸⁰.

Outra posição, à qual nos filiamos, defende seguirem os efeitos da superação dos precedentes de direito penal material a regra geral da retroatividade, sendo sujeitos a

178. Discorda Ronaldo Cramer, nesse sentido, de proposta de Hermes Zanetti Jr., que defende a modulação dos efeitos do precedente por cada julgador do caso concreto, o que geraria ainda mais insegurança jurídica (*Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 156-157).

179. Assim decidiu o STF no RE 377457 ED (Rel^a. Min^a. Rosa Weber, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 19.10.2016, DJe-133 19.06.2017, Public 20.06.2017). Obtemperou o Ministro Teori Zavascki em seu voto: "(...) salvo quando declarada, em processo objetivo ou subjetivo, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não tem incidência, como regra de julgamento, o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, no que exige maioria qualificada de dois terços do Tribunal para a modulação dos efeitos da decisão judicial (...)". Posteriormente o Pleno do STF reafirmou essa jurisprudência, deliberando, por maioria, que "para a modulação dos efeitos de decisão em julgamento de recursos extraordinários repetitivos, com repercussão geral, nos quais não tenha havido declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, é suficiente o quórum de maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio" (RE 638115 ED-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 18.12.2019, DJe-113 07.05.2020, Public 08.05.2020). Na doutrina, assim posiciona-se Ravi PEIXOTO (*Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 359-362).

180. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. *Op. cit.*, p. 418-419; SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 154 e ss., jul./set. 2000; DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 24, v. 121, p. 256-257, jul. 2016.

modulação se presentes os pressupostos para tanto¹⁸¹.

Na Alemanha, a questão foi discutida quando houve redução, pelo BGH (*Bundesgerichtshof* – Tribunal Superior Federal), do limite de alcoolemia para tipificação do delito do § 316 do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB)¹⁸², revertendo jurisprudência consolidada anterior. O Tribunal Supremo de Karlsruhe, em 1967, aplicou retroativamente esse limite, decidindo que a alteração jurisprudencial não equivale a alteração legal mais gravosa¹⁸³.

Entre os partidários da retroatividade da superação dos precedentes em prejuízo do réu, há quem preconize que no caso concreto pode ser reconhecido o erro de proibição (art. 21 do Código Penal), deslocando, logo, a questão do princípio da legalidade para a culpabilidade, ressalva com a qual concordamos, devendo, contudo, ser analisada a presença excludente de acordo com as particularidades do caso concreto¹⁸⁴.

O Supremo Tribunal Federal considera não seguirem os precedentes penais materiais a regra da retroatividade da lei mais benéfica. Conforme pontuado pelo Ministro Barroso, “*entendimento jurisprudencial é interpretação da lei (...) e, ainda, se a Lei é a mesma, penso que não há que se falar em ultratividade de entendimento jurisprudencial*” (ARE 1103954/RJ, j. em 29.05.2018, DJe 04.06.2018)¹⁸⁵.

181. Para Roxin, “se o Tribunal interpreta uma norma de modo mais desfavorável para o acusado que como o havia feito a jurisprudência anterior, este tem que suportá-la, pois, conforme o seu sentido, a nova interpretação não é uma punição ou agravamento retroativo, mas a realização de uma vontade da lei, que já existia desde sempre e que somente agora foi corretamente reconhecida” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Fundamentos, La estructura e la teoría del delito. Reimpresión da 1. ed. de 1997. Tradução Diego de Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I, p. 165-166, em tradução livre).

182. “§ 316 *Trunkenheit im Verkehr*. 1) *Wer im Verkehr (§§ 315 bis 315e) ein Fahrzeug führt, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in § 315a oder § 315c mit Strafe bedroht ist.*” Em tradução livre: “§ 316 intoxicação no trânsito. 1) Qualquer pessoa que dirigir um veículo no trânsito (§§ 315 a 315e), mesmo que não consiga dirigir com segurança devido ao consumo de bebidas alcoólicas ou outros intoxicantes, será punida com pena de prisão de até um ano ou multa se o ato não for passível de punição nos § 315a ou § 315c”.

183. SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 145-146, jul./set. 2000.

184. MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 275, nota 46. Explana Odone Sanguiné que “essa posição que recorre à teoria do erro de proibição não é, entretanto, unitária, porque dentro dela há um leque de posturas que vai desde a que exige a comprovação em cada caso concreto da existência ou não deste erro no autor até as que afirmam a existência em todo caso de um erro inevitável de proibição (...)” (Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 152, jul./set. 2000). Roxin, por exemplo, assim expõe sua posição sobre o tema: “(...) naturalmente que ocorrem muitas ações nas quais seu autor havia confiado de modo não reprovável em uma determinada jurisprudência e inclusive havia obtido assessoramento jurídico especificamente a tal efeito; e em ditas hipóteses seguramente não é lícito castigar o sujeito por sua confiança no Direito no caso em que haja uma modificação posterior de jurisprudência. Porém, em tal caso, a absolvição se produzirá de todas as maneiras por haver um erro de proibição não-culpável” (*Derecho penal. Parte general. Op. cit.*, p. 166, em tradução livre).

185. No caso pretendia a defesa a absolvição do réu pelo crime de uso de documento falso, pois, à época em que perpetrado, a jurisprudência considerava atípica a conduta, pois visava a manter seu *status libertatis*, porquanto foragido da justiça. Com o entendimento suprascripto, e forte no art. 21, § 1º, do RI/STF, o Ministro Relator negou monocraticamente seguimento ao recurso.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu a respeito, julgando ser legítima a execução de sentença penal condenatória por crime tributário sem prévia exigência da constituição definitiva do crédito, na esteira da jurisprudência à época consagrada e apenas posteriormente superada, culminando com a edição da Súmula Vinculante 24¹⁸⁶.

Importante frisar que os efeitos da superação dos precedentes processuais penais seguem a mesma regra dos precedentes em geral, de retroatividade, podendo ser modulados se presentes os pressupostos para tanto. E ainda que se cogitasse de equiparação à lei, teriam aplicação imediata, *ex vi* do art. 2º do Código de Processo Penal.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar sobre o assunto, quando debatido o precedente relativo à possibilidade de execução provisória da pena após esgotamento das instâncias ordinárias (HC 126.292), deliberando não ser irretroativo¹⁸⁷.

2.5.2. Estudo de casos

2.5.2.1. Direito estrangeiro

Modulação na overruling de precedentes criminais pela Suprema Corte Estadunidense

A Suprema Corte dos EE.UU.AA., no século XX, ao proceder à *overruling* de precedentes criminais, adotou diferentes tipos de retroatividade. Algumas decisões anunciando novas garantias constitucionais não tiveram nenhum efeito retroativo, o que seus defensores reputaram adequado por tornar a construção judicial do direito menos disruptiva e mais palatável¹⁸⁸.

186. "(...) 3. CRIME TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DO ESGOTAMENTO DA ESFERA ADMINISTRATIVA. SÚMULA VINCULANTE 24/ST. 4. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DOMINANTE À ÉPOCA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ 8 ANOS. DESCONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. (...) 3. Nos termos da Súmula Vinculante 24/STF, é imprescindível a prévia conclusão do procedimento administrativo-fiscal para que se dê início à *persecutio criminis*. 4. Referido entendimento sedimentou-se apenas após o regular trâmite da ação penal, a qual se processou nos termos da orientação predominante à época, que resguardava de legalidade a propositura da ação antes do lançamento definitivo do crédito tributário. Dessarte, não configura constrangimento ilegal a execução de sentença penal condenatória, já transitada em julgado há quase 8 anos. 5. *Habeas corpus* excepcionalmente conhecido, para denegar a ordem" (HC 121.284/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 25.09.2012, DJe 11.10.2012).

187. Asseverou o Min. Fachin em sua decisão monocrática: "Da mesma forma, não assiste razão ao argumento de irretroatividade do entendimento jurisprudencial prejudicial. Primeiro, porque a irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica. Não se nota, na espécie, sucessão de leis, de modo que a ofensa constitucional não se perfaz, descabendo atribuir ultratividade a atos interpretativos que, bem por isso, não se confundem com produções normativas submetidas ao Princípio da Legalidade. Assim, não reconheço aplicabilidade dos preceitos constitucionais que regem a aplicação benéfica retroativa da norma penal ao acusado e a irretroatividade da regra mais grave ao acusado (art. 5º, XL, da CR) aos precedentes jurisprudenciais. Entendo que tais regras se aplicam apenas às leis penais, mas não à jurisprudência" (HC 133.387/DF, j. em 14.06.2016, DJe 15.06.2016).

188. GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 311. Nesse sentido, em *Morrissey v. Brewer* (1972), foi forjada a regra de possuir o custodiado direito à audiência no procedimento de revogação de sua liberdade condicional (audiência que passou a ser conhecida como *Morrissey hearing*). Na própria decisão foram modulados seus efeitos, decidindo ser aplicável o novo precedente apenas a casos futuros. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/471/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

De outro lado, essa abordagem criou sérios problemas constitucionais. Por primeiro, a irretroatividade desmedida tornou a função constitucional da Corte mais assemelhada à legislativa do que à jurisdicional. Trouxe, outrossim, problemas de falta de uniformidade entre os casos julgados¹⁸⁹.

Diante desse quadro, em 1982, no caso *United States v. Johnson*¹⁹⁰, a maioria da Corte criticou a irretroatividade e reconheceu que a recente jurisprudência deveria ser repensada. Posteriormente, em *Griffith v. Kentucky* (1987)¹⁹¹, a Suprema Corte decidiu que a integridade da revisão judicial exige que sejam aplicadas novas garantias processuais derivadas de *overruling* retroativamente para todos os casos criminais pendentes de revisão, sob pena de flagrante violação a normas básicas de jurisdição constitucional¹⁹².

Posteriormente, em *Teague v. Lane* (1989)¹⁹³, a Suprema Corte decidiu que novas garantias constitucionais devem ser aplicadas retroativamente quando se relacionam ao devido processo legal, constituindo uma regra sem a qual a probabilidade de uma condenação acurada seriamente diminuiria¹⁹⁴.

Nesse contexto, por exemplo, no ano de 2004, em *Crowford v. Washington*, a *Supreme Court* redefiniu se algumas declarações de ouvir dizer (*hearsay statements*) violam o direito ao confronto (*confrontation clause*) previsto na Sexta Emenda¹⁹⁵. Em julgamento posterior, no ano de 2007 (*Whorton v. Bockting*)¹⁹⁶, explicou que *Crowford* não alterou a compreensão da Corte sobre os elementos essenciais para a justo processo (*fairness of a proceeding*), não o aplicando retroativamente¹⁹⁷.

Nesse mesmo julgamento (*Whorton v. Bockting* – 2007), a Suprema Corte anotou que o único julgado que tem sido considerado retroativo, de acordo com as exceções

189. GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 311.

190. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/383/169/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

191. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/479/314/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

192. GARNER, Bryan A *et al.* *The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 311-312. No caso específico formulou-se essa regra geral ao se discutir a aplicação retroativa do precedente forjado em *Batson*, abaixo analisado.

193. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/489/288/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

194. GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 313-314.

195. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/541/36/>>. Acesso em: 01 jun. 2020. Decidiu-se que afirmações de testemunhas ausentes no julgamento são admissíveis apenas se o declarante estiver indisponível e se a defesa tiver tido a oportunidade anterior de lhe fazer perguntas (*cross-examine*). Com essa decisão, foi superado o precedente *Ohio v. Roberts* (1980). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/448/56/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

196. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/406/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

197. GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent. Op. cit.*, p. 314-315. Nesse caso, em que padraço fora acusado de abuso sexual perpetrado contra sua enteada de seis anos, foi mantida a decisão do juízo *a quo* que considerou que a criança estava emocionalmente muito abalada para prestar declarações em juízo, admitindo-se fosse seu relato extrajudicial informado por sua mãe e por um policial que investigou o caso.

desenhadas em *Teague*, é a regra insculpida em *Gideon v. Wainwright* (1963)¹⁹⁸, *i.e.*, de obrigatoriedade, pela Décima Quarta emenda, de nomeação de advogado dativo a réu que não possua condições de constituir um. A retroatividade ocorre, pontuou a Corte, porque a desobediência a essa regra implica alto risco de veredito não confiável¹⁹⁹.

*Batson v. Kentucky (1986)*²⁰⁰

Em 1965, a Suprema Corte decidiu, em *Swain v. Alabama* (1965)²⁰¹, que não ofende a Constituição um promotor de justiça recusar imotivadamente jurados negros em julgamento de réu da mesma raça.

Posteriormente, no julgamento criminal de *James kirland Batson*, cidadão negro, houve a recusa imotivada pelo promotor de justiça de quatro jurados negros, sendo o júri formado apenas por brancos.

A Suprema Corte Americana, ao analisar o caso, procedeu à superação do precedente anterior, por maioria de votos (7x2), entendendo que houve violação da isonomia (*equal protection clause*) no caso concreto ao se permitir a escolha de jurados por questões raciais, utilizando-se das recusas imotivadas de modo discriminatório para excluir do júri membros da raça do acusado²⁰².

*Atkins v. Virginia (2002)*²⁰³

Em 1989, a *Supreme Court*, em *Penry v. Lynaugh* (1989)²⁰⁴, julgou constitucional a pena de morte aplicada a incapazes por doenças mentais, ponderando não traduzir punição cruel ou inusual vedadas pela Constituição. Em *Atkins*, porém, esse precedente foi superado, fixando a regra de que a Oitava Emenda proíbe a execução de incapazes por deficiência mental²⁰⁵.

198. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/372/335/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

199. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/406/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

200. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/476/79/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

201. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/202/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

202. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 201-205.

203. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

204. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/302/>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

205. FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas*: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014. p. 210.

*Brown v. Board of Education (1954)*²⁰⁶

Em 1892, um afro-americano (*Homer Plessy*) recusou-se a dar seu assento a um homem branco em um vagão de trem. Ele foi preso e recorreu à Suprema Corte, sustentando que as leis segregacionistas violavam a *equal protection clause*, da Décima Quarta Emenda. Em julgamento realizado no ano de 1896 (caso *Plessy v. Ferguson*)²⁰⁷, por oito votos a um²⁰⁸, a Suprema Corte decidiu ser constitucional a segregação racial, consagrando a doutrina conhecida como *separate but equal* (separados, mas iguais), a qual pautou julgamentos análogos ao longo da primeira metade do século XX.

A superação desta doutrina ocorreu apenas em *Brown v. Board of Education*, que foi o nome atribuído pela *Supreme Court* à consolidação de cinco casos diversos concernentes a segregação racial em escolas públicas (*Brown v. Board of Education of Topeka*, *Briggs v. Elliot*, *Davis v. Board of Education of Prince Edward County (VA.)*, *Bolling v. Sharpe*, and *Gebhart v. Ethel*). Nesse julgamento, a Corte concluiu, de modo unânime, que no campo da educação pública a doutrina do *separate but equal* não tem incidência.

Trata-se de provavelmente o caso de maior relevo histórico em que operada a *mutação constitucional*²⁰⁹.

Julgados posteriores a esse precedente consideraram que ele, a par de explicitamente declarar inconstitucional a segregação racial em escolas públicas, implicitamente superou o precedente que admitia a segregação racial em transportes (*Plessy v. Ferguson*)²¹⁰.

2.5.2.2. Direito nacional

Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.850.903

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, com competência para julgamento de causas penais, firmou o entendimento, sob o rito dos recursos repetitivos, de que o inadimplemento da multa penal não obstará a declaração de extinção da pena, porquanto,

206. Disponível em: <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

207. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

208. O voto dissidente, de lavra do *Justice* John Marshall Harlan, assentou que “nossa Constituição é cega quanto a cores, e desconhece e tampouco tolera classes entre os cidadãos” (tradução livre). No original: “*our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens*”.

209. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 411. Consoante já anotado (*supra*, item 1.5.2.2), trata-se de superprecedente do direito estadunidense.

210. KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 51, p. 57, 1982. Disponível em: <<https://lr.lawnet.fordham.edu/cgi/view-content.cgi?article=4600&context=flr>>. Acesso em: 18 jun. 2020. A autora cita, nesse sentido, entre outros, o caso *Browder v. Gayle*, da Corte Distrital do Alabama (1956).

com a redação dada pela Lei 9.268/1996, ela passou a ser considerada dívida de valor, adquirindo caráter extrapenal²¹¹.

Ocorre que posteriormente, na ADI 3.150/DF, esse entendimento foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou não perder a multa sua natureza de sanção penal²¹².

Diante desse quadro, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a *overruling* de seu precedente, assentando que pelo efeito vinculante *erga omnes* das declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, “não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o

211. “RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. 2. Extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao art. 51 do Código Penal pela Lei n. 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal, de modo que sua execução é de competência exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. 3. Recurso especial representativo da controvérsia provido, para declarar extinta a punibilidade do recorrente, assentando-se, sob o rito do art. 543-C do CPC a seguinte TESE: Nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”. (REsp 1519777/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 26.08.2015, DJe 10.09.2015)

212. Eis a ementa do julgado: “EXECUÇÃO PENAL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PENA DE MULTA. LEGITIMIDADE PRIORITÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980. (ADI 3150, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 13.12.2018, DJe-170 05.08.2019, Public 06.08.2019)

pagamento da multa criminal”^{213/214}.

Apenas para ilustrar, o STJ posteriormente, em aplicação da técnica *distinguishing*, decidiu que “na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária, pelo condenado que comprovar impossibilidade de fazê-lo, não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”²¹⁵.

Execução penal e trânsito em julgado sob a ótica do STF

O tema em questão bem reflete a falta de estabilidade de nossos precedentes vinculantes. Realmente, no interregno de onze anos, o entendimento da Suprema Corte sobre a questão foi alterado por três vezes.

Em fevereiro de 2009, o Plenário decidiu, por sete votos a quatro, que a execução da pena é condicionada ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória²¹⁶.

213. AgRg no REsp 1850903/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 28.04.2020, DJe 30.04.2020. Assim a ementa do aresto: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ADI 3.150/DF. MULTA. NATUREZA DE SANÇÃO PENAL. 2. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITO VINCULANTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NECESSÁRIO O PAGAMENTO DA MULTA. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, declarou que, à luz do preceito estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo ela sua natureza de sanção penal. 2. Dessarte, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”.

214. Ressalte-se que o art. 51 do Código Penal teve sua redação alterada pela Lei 13.964/2019: “Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

215. REsp 1785861/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 24.11.2021, DJe 30.11.2021.

216. “*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente’. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz

Em 2016, o Pleno da Suprema Corte, por seis votos a cinco, alterou seu entendimento, julgando que é desnecessário o trânsito em julgado para ensejar a execução penal, bastando o esgotamento da segunda instância, por não possuírem os recursos extraordinário e especial efeito suspensivo. Ponderou-se que o entendimento anterior favorecia a impunidade²¹⁷.

Em novembro de 2019, todavia, em julgamento conjunto de três ações diretas de constitucionalidade (ADCs 43, 44 e 54), por seis votos a cinco, decidiu o Supremo Tribunal Federal ser imprescindível o trânsito em julgado para início da execução penal²¹⁸.

Observe-se que o Ministro Dias Tofoli, integrante da Corte a partir do segundo julgamento, em 2016, votou nesta oportunidade favoravelmente à execução da pena após esgotamento das instâncias ordinárias. Já em 2019 votou contrariamente.

a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator – “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida”. (HC 84078, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 05.02.2009, DJe-035 25.02.2010, Public 26.02.2010, Ement v. 2391-05, p. 1.048)

217. “CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado”. (HC 126292, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. em 17.02.2016, DJe-100 16.05.2016, Public 17.05.2016).

Esse entendimento fora mantido em julgamento de recurso sob a sistemática de repercussão geral, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria” (ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. em 10.11.2016, DJe 25.11.2016).

218. “PENA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória” (ADC 43, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 07.11.2019, DJe-270 11.11.2020, Public 12.11.2020).

Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, em 2009 votou no sentido da imprescindibilidade do trânsito em julgado. Em 2016, favoravelmente à prisão após esgotamento da segunda instância. Em 2019, porém, mais uma vez mudou de posição, retornando à primeira.

As idas e vindas da Suprema Corte, em pouco mais de uma década, sobre tema tão caro ao processo penal, não deixa dúvidas quanto à falta de segurança jurídica de nosso sistema de precedentes. E esta não é apenas a impressão da comunidade jurídica, mas da sociedade como um todo, não escapando esse fenômeno à crítica da imprensa²¹⁹.

O foro por prerrogativa de função na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em 03.04.1964 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal a Súmula 394, cujo verbete dispunha que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”²²⁰.

De acordo com esse precedente, cessado o mandato, a investigação ou ação penal continuava a tramitar no foro por prerrogativa de que gozava a autoridade respectiva, o que evidentemente asoberbou os tribunais, pouco vocacionados a instruir processos, de ações penais originárias.

Diante desse panorama, o STF, em agosto de 1999, resolvendo questão de ordem suscitada nos autos da Ação Penal 315²²¹, por maioria de votos, cancelou referida súmula, encampando a teoria da atualidade do mandato, pela qual, durante o mandato que garantia ao ocupante do cargo foro por prerrogativa de função, a investigação ou processo tramitaria no foro especial, pouco importando a data do crime (se anterior ou contemporânea ao exercício do mandato), cessando também o foro especial após a extinção do mandato,

219. Em editorial publicado após o julgamento das ações diretas de constitucionalidade, em novembro de 2019, assim manifestou-se a Folha de S. Paulo: “não é simples explicar para o cidadão leigo por que o Supremo Tribunal Federal mudou três vezes, em menos de 11 anos, o seu entendimento sobre a possibilidade de um condenado à prisão começar a cumprir a pena após perder a apelação em segunda instância. A tarefa se complica, pois nesse período curto para a dieta das jurisprudências constitucionais, dois ministros – inclusive o presidente, Dias Toffoli – mudaram de ideia. Gilmar Mendes alterou duas vezes a sua opinião, demonstrando eloquência comparável ao defender A, o contrário de A, e novamente A (...).” (Retrocesso penal (editorial). *Folha de S. Paulo*, São Paulo, a. 99, n. 33.092, 09.11.2019, p. A2).

220. Não é pertinente neste trabalho discutir o foro por prerrogativa de função e tampouco o mérito dos precedentes a ele relativos. O tema é apenas trazido à colação para ilustrar exemplos de superação de precedentes. Sabe-se que o foro por prerrogativa de função é prescrito pela Constituição Federal, além de em paralelismo por Constituições Estaduais, para o julgamento de crimes cometidos por autoridades da República. Estabelece, nesse sentido, a Constituição Federal o foro por prerrogativa no art. 29, inciso X (de prefeitos perante o Tribunal de Justiça); art. 53, § 1º (de deputados e senadores perante o STF); art. 86 (do Presidente da República, nas infrações comuns, perante o STF; nos crimes de responsabilidade, perante o Senado Federal); art. 96, III (dos juizes e promotores de justiça perante os respectivos Tribunais de Justiça); art. 102, inciso I, “b” e “c” (de autoridades sujeitas a julgamento perante o STF); art. 105, inciso I, “a” (de autoridades detentoras de foro perante o STJ); art. 108, inciso I, “a” (foro por prerrogativa de função nos Tribunais Regionais Federais).

221. AP 315 QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 25.08.1999, DJ 31.10.2001.

mesmo se perpetrado o delito durante sua vigência.

A doutrina da atualidade do mandato redundou em “efeito gangorra” nos processos, ou seja, muitas vezes eram iniciados no foro comum e, assumindo o investigado ou réu mandato eletivo, eram remetidos ao foro especial no estágio em que se encontravam, retornando após cessado o mandato, feito esse que contribuía para maior delonga processual e não raramente a consumação do prazo prescricional.

Esse entendimento vigorou até o ano de 2018, quando o Pleno da Suprema Corte acolheu a proposta do Ministro Roberto Barroso, fixando, a partir de então, as teses,

I – o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas;

II – após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo²²².

Com essa *overruling*, houve restrição à incidência do foro por prerrogativa de função, na medida em que apenas os crimes cometidos durante o exercício do cargo e em razão da

222. Tese definida na AP 937 QO, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03.05.2018, DJE 11.12.2018. Eis a ementa do *decisum*: “DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. I. QUANTO AO SENTIDO E ALCANCE DO FORO POR PRERROGATIVA. 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. A orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por 2 suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II. Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. A partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo. A jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. 7. Aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso. Ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e demais juízos com base na jurisprudência anterior. 8. Como resultado, determinação de baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro, em razão de o réu ter renunciado ao cargo de Deputado Federal e tendo em vista que a instrução processual já havia sido finalizada perante a 1ª instância”.

função (*propter officium*) é que ficam a ele sujeitos. Todavia, encerrada a instrução, haverá a *perpetuatio jurisdictionis*, permanecendo a causa do foro especial, ao contrário do que ocorria com a teoria da atualidade do mandado.

Decidiu-se, ainda, que esse novo entendimento se aplica aos processos em curso, não havendo, assim, modulação de seus efeitos.

2.5.3. Superação antecipada (*anticipatory overruling*)

Superação antecipada (*anticipatory overruling*) é a técnica pela qual um juízo de grau inferior, antevendo a revogação de um precedente vinculante de Corte Superior, deixa de aplicá-lo, com fundamento justamente nessa iminente *overruling*.

Como afirma Lucas Buril de Macêdo, neste instrumento o debate é deslocado da *incidência da norma* para a *pertinência da norma ao sistema jurídico*²²³.

A superação antecipada difere da *distinguishing* (item 2.3, *supra*), que exige possua o caso atual notas distintivas a ensejar o afastamento do precedente aparentemente incidente. Na revogação antecipada deixa-se de adotar o precedente ao qual o caso se subsume.

Diferencia-se da *distinção inconsistente legítima* (item 2.3.2, *supra*), que é utilizada pela própria Corte com competência para superação do precedente.

A superação antecipada distingue-se também da não aplicação de um precedente por sua revogação implícita pela corte competente, pois nesse caso houve a *overruling*, não sendo mais incidente o precedente²²⁴. Em outras palavras, a *anticipatory overruling* é realizada por tribunal que não possui competência para operar a *overruling* implícita²²⁵.

A superação antecipada não configura mero exercício de futurologia realizado pelo órgão judicial vinculado ao precedente superior. Apenas pode ser manejada quando demonstrado, fundamentadamente, estar o precedente em vias de revogação, seja porque objeto de distinções inconsistentes legítimas pelo seu órgão emissor, seja porque assim por ele indicado, com emprego da técnica própria (*signaling*).

223. MACÊDO, Lucas Buril de. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 689.

224. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 57.

225. OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 301.

Admite-se, ainda, como já adiantado anteriormente (item 2.3, ao qual nos reportamos para não sermos repetitivos), ser viável a *anticipatory overruling* quando o precedente vinculante tiver *erro evidente, objetivamente aferível, inadvertido e decisivo, seja sobre fato essencial, seja jurídico* (decisão *per incuriam*).

Não havendo esses concretos fundamentos, o afastamento do precedente configurar-se-ia ilegítimo, frisando-se que a Corte inferior, antes de que o precedente seja alvo, pela Corte competente para revogá-lo, de distinções inconsistentes ilegítimas ou sinalizações, não pode realizar distinção inconsistente legítima sob a alegação de que não mais atende o precedente aos postulados de congruência social e consistência sistêmica, aferição essa de competência exclusiva do Tribunal com poderes para superar o precedente (conforme visto no item 2.3.2, *supra*).

Nessa senda, não se afigura razão legítima para a *anticipatory overruling* o argumento de que o precedente forjado por uma Suprema Corte dividida é intrinsecamente fraco, sendo tampouco admissível a invocação dessa técnica como pretexto para não aplicar precedente do qual a Corte inferior dissente²²⁶.

Deveras, a lógica dessa técnica é justamente a inversa: irrelevante o posicionamento da Corte inferior sobre o mérito do precedente. A ferramenta é apenas manejada diante da percepção da iminente revogação do precedente pela Corte superior²²⁷.

Na aplicação desse instrumento, deve a Corte inferior, além de se desincumbir do ônus argumentativo qualificado demonstrando seus pressupostos, considerar se a *anticipatory overruling* não causará confusão nos órgãos judiciais e ela inferiores, ou seja, se os juízos de primeiro grau seguirão este julgado ou o precedente estabelecido anteriormente pelo Tribunal superior. Deve também avaliar se a questão não seria mais bem equacionada por inovação legislativa²²⁸.

Registre-se que a aplicação dessa técnica é discricionária e não obrigatória²²⁹.

A superação antecipada tem sido utilizada, desde meados do século XX, por Cortes de Apelação dos Estados Unidos em hipóteses diversas, valendo destacar: a) crença de que o precedente está erodido (mas não fora objeto de *overruling*) por sucessivas

226. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 88.

227. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 266.

228. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 89.

229. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 89. Discorda-se, assim, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem é dever da Corte inferior, antevedendo a revogação do precedente pela Suprema Corte, proceder à sua superação antecipada, amoldando-se o caso ao entendimento que a Corte Superior provavelmente pronunciaria se o analisasse (*Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 265).

decisões da Suprema Corte (*Hobbs v. Thompson*, 5º Circuito, 1971); b) percepção de uma tendência das decisões da Suprema Corte na direção de outra regra (*United States v. City of Philadelphia*, 3º Circuito, 1981); c) a consciência de que a Suprema Corte indicou em outras decisões que está aguardando o momento apropriado para superar o precedente (*Andrews v. Louisville & Nash*, 5º Circuito, 1971)²³⁰.

Outras razões, empregadas em conjunto com as supracitadas, foram: a) a probabilidade de mudanças de membros da Suprema Corte ou no posicionamento particular de um ou mais juízes resultará na superação de um precedente (*United States v. White*, 7º Circuito, 1969); b) a conclusão de que a Suprema Corte pode haver incidido em erro na decisão anterior e, portanto, decidirá diferentemente agora (*Hobbs v. Thompson*, 5º Circuito, 1971)²³¹.

Destaque-se que em *Rowe v. Peyton*, o 4º Circuito concedeu *habeas corpus* em hipótese não contemplada pelo precedente da Suprema Corte *McNally v. Hill*, arrazoando que em decisões posteriores a Suprema Corte indicou que não seguiria mais esse julgado²³². Posteriormente, a Suprema Corte Estadunidense, ao analisar esse caso, manteve a decisão da Corte de Apelação, expressamente promovendo a *overruling* do precedente anterior²³³.

A *United States Supreme Court* (USSC) ordinariamente não se pronuncia sobre a validade dessa ferramenta, mantendo decisões que a utilizaram ou as reformando, mas apenas em atenção ao seu mérito, sem analisar a legitimidade da *anticipatory overruling*²³⁴.

Em *R. de Quijas v. Shearson/Am. Exp.* (1989), porém, a despeito de manter a decisão da corte de apelação, revogando o precedente aplicável ao caso (*Wilko*), censurou o procedimento do juízo *a quo*, declarando que a Corte de Apelação deveria simplesmente aplicar o precedente incidente ao caso, deixando para a Suprema Corte a tarefa de superar suas próprias decisões²³⁵.

230. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 53.

231. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 53-54. Advirta-se que a mudança da composição do tribunal, por si só, não pode ensejar nem mesmo a superação do precedente, como já analisado (item 2.5, *supra*), e muito menos, de consequência, a *anticipatory overruling* (MACÊDO, Lucas Buriel de. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 691).

232. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 263.

233. *Peyton v. Rowe* (1968). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/391/54/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

234. KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Op. cit.*, p. 59-60.

235. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/477/>>. Acesso em: 20 jun. 2020. Eis o teor da advertência: “*We do not suggest that the Court of Appeals, on its own authority, should have taken the step of renouncing Wilko. If a precedent of this Court has direct application in a case, yet appears to rest on reasons rejected in some other line of decisions, the Court of Appeals should follow the case which directly controls, leaving to this Court the prerogative*”

A *anticipatory overruling* não é aplicada no direito inglês, diante da maior rigidez da doutrina do *stare decisis* nesse país²³⁶.

A despeito de não ser vedada no direito brasileiro (e tampouco regulamentada), diante de sua instabilidade torna-se mais difícil prever com segurança a revogação de um precedente vinculante pela Corte competente, de modo que a presente técnica, no cenário nacional, deve ter aplicação residual e em hipóteses em que absolutamente clara a iminente revogação, sob pena de tornar-se ainda mais instável nosso incipiente sistema precedentalista²³⁷.

of overruling its own decisions". Em tradução livre: "Não sugerimos que a Corte de Apelação, por sua própria autoridade, deveria ter renunciado a *Wilko*. Se um precedente deste Tribunal tem aplicação direta a um caso, mas parece basear-se em razões rejeitadas em alguma outra linha de decisões, a Corte de Apelação deve seguir o caso que o pauta diretamente, deixando para este Tribunal a prerrogativa de superar suas próprias decisões". No item 3.1.2, *infra*, será apresentada crítica à impossibilidade de superação antecipada no direito estadunidense.

236. BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 344-345. A doutrina do *stare decisis* no direito inglês será estudada no item 3.1, *infra*.

237. Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 269-270), Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior (*Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 98-99) e Lucas Buriel de Macêdo (O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 704-706) posicionam-se favoravelmente à aplicação da presente técnica em nosso ordenamento jurídico. O último autor, que não admite a sinalização no sistema brasileiro, obtempera que a "única hipótese efetiva em que a superação antecipada pode ser utilizada é quando houver, no tribunal competente, a revogação de precedente que implique, por suas razões, na necessidade de revogar outros, seja porque o precedente revogado servia-lhe de suporte ou porque as razões que serviriam à sua superação extensíveis à superação de outro (p. 705). Acreditamos que nessa hipótese terá havido verdadeira revogação implícita pela Corte competente, não sendo, pois, pertinente a aplicação da *anticipatory overruling*."

PANORAMA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NOS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS OCIDENTAIS

Os sistemas jurídicos¹ são agrupados em famílias de acordo com suas principais características, semelhanças e diferenças para melhor compreensão didática. No ocidente destacam-se as famílias romano-germânica (*civil law*) e a do *common law* (anglo-saxônica)².

A primeira é formada pelos países cujo direito tiveram por base o direito civil romano (compilações de Justiniano), redescoberto na Europa Continental primordialmente a partir do século XI pelas universidades dos países europeus, latinos e germânicos. Espalhou-se mundo afora, especialmente na América Latina³.

A segunda refere-se ao direito inglês e aos demais países pela Inglaterra influenciados, como os integrantes do Reino Unido, Estados Unidos (com exceção do Estado de Louisiana), Austrália, Nova Zelândia, Canadá (salvo a província de Quebec) e África do Sul. A norma jurídica do *common law* é menos abstrata que a do *civil law*, e construída a partir de um caso concreto para o qual se busca uma solução, não almejando, portanto, estabelecer uma regra geral⁴.

Esses não são, porém, os únicos sistemas jurídicos existentes, podendo ser citados, entre outros, o sistema islâmico, o chinês e o socialista⁵, os quais, porém, não serão objeto do presente estudo.

Neste capítulo, será feita breve análise do histórico e regramento atual dos precedentes nos *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) e *civil law* (Itália, Alemanha, França e Espanha), averiguando-se ao final se há aproximação entre esses sistemas. O direito nacional será tratado no capítulo 4.

1. *Sistema*, na definição de Bobbio, é “uma *totalidade ordenada*, isto é, um conjunto de entes entre os quais existe uma ordem. Para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes constitutivos não estejam em relação apenas com o todo, mas também estejam em relação de coerência entre eles” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. *Op. cit.*, p. 77, grifos constantes do original).

2. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quia movere*: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. *Op. cit.*, p. 7. A ideia de classificação dos ordenamentos jurídicos em famílias não é imune a críticas, citando o autor a posição de Esin Örüçü, para quem se mostra descritivamente inútil. De acordo com René David, “a noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e diferenças que existem entre os diferentes direitos” (DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 22, grifos constantes do original). O aprofundamento da questão, porém, escapa ao objeto desta pesquisa.

3. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 23-24.

4. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 25.

5. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction do legal reasoning. *Op. cit.*, p. 104.

3.1. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO *COMMON LAW*. O DIREITO INGLÊS E A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

Possuindo suas origens no direito inglês, o estudo do *common law*, ainda que panorâmico, como o que aqui se propõe, deve ter por base a Inglaterra. O direito inglês destaca-se pela preservação de suas origens ao longo dos séculos mais do que qualquer outro ordenamento, visto que referido país nunca passou por revolução que ensejasse rompimento com o sistema jurídico vigente, ao revés do que aconteceu por exemplo na França, em 1789, com a Revolução Francesa⁶.

Realmente, o direito inglês não sofreu mudanças em decorrência da redescoberta do direito romano, no século XI, tampouco a codificação empreendida na Europa Continental nele repercutiu⁷.

Sua história inicia-se no ano de 1066, quando os normandos, comandados por Willian I (“o Conquistador”), vencem os anglo-saxões (batalha de *Hastings*). Anteriormente a este marco, havia no território inglês diversos sistemas jurídicos que possuíam características trazidas pelos respectivos povos conquistadores, não existindo um governo central eficiente, possuindo o rei fraco controle sobre o país⁸.

Willian instaurou governo centralizado, que buscou a padronização do direito, processo esse que durou cerca de duzentos anos e iniciou a formação da doutrina do *stare decisis*.

Por volta de 1250 um direito consuetudinário havia sido produzido e regulava o país como um todo. Daí a origem do termo *common law*⁹.

A partir desses costumes os casos novos passaram a ser julgados, forjando-se, paulatinamente, o *case-law* ou *judge-made law* (direito jurisprudencial), com a instituição dos precedentes¹⁰.

É premissa do *common law* que um determinado caso concreto é representativo da

6. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 83.

7. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p. 127.

8. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 83-84.

9. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 84.

10. Consoante observa Luís Guilherme Soares Maziero, “é importante destacar também que, desde a conquista normanda, a Inglaterra sofreu tantas mudanças em sua organização político-social, que praticamente todas as demandas levadas ao rei ou aos tribunais reais revestiam-se de certo ineditismo. Assim, se por um lado os costumes representavam um importante referencial neste processo de formação dos *writs*, por outro lado os próprios *writs* passaram a ser utilizados como ferramentas de criação de direitos – os chamados *remedies procede rights* – criando uma inter-relação entre os costumes e os precedentes” (*Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. Curitiba: Juruá, 2019, p. 56).

controvérsia levada a juízo. Ao se chegar à melhor decisão para aquele caso, acredita-se ter-se elaborado a solução apropriada para todos os casos daquele gênero¹¹.

Neste cenário, um primeiro mito a ser afastado é o de que no *common law* inexistem leis escritas, bastando para tanto a lembrança de que a Magna Carta, de 1215, trata-se de diploma legal escrito¹². Ramos diversos do direito inglês são regulados por leis escritas (*statute law; acts of Parliament*) de há muito, mas mesmo neles o *case-law* tem exercido acentuado papel interpretativo¹³. Em outras palavras, nesta família jurídica a lei também é fonte do direito, mas seu papel historicamente é secundário. Como explica Guido Fernando Silva Soares, “no *common law*, a ideia que permeia o sistema é de que o direito existe não para ser um edifício lógico e sistemático, mas para resolver questões concretas”¹⁴.

Conquanto o *judge made law* configure a principal fonte do direito, a lei escrita é hierarquicamente superior aos precedentes vinculantes¹⁵.

Obtemperam Neil MacCormick e Robert Summers que a produção legislativa exige a confecção de um projeto esquematizado de normas, seguido de debates, e uma decisão final. Para esse sistema funcionar bem, deve-se refletir sobre as possibilidades que surgirão e serão englobadas pela lei, bem assim acerca da maneira pela qual seus comandos se harmonizarão com o direito já vigente. Sem embargo, a elaboração do direito pelos precedentes é usualmente mais lenta, havendo um processo de incremento com pequenos ajustes feitos caso a caso, geralmente não mais que o necessário para resolver o problema concreto, trabalho esse sempre sujeito a correção à luz da experiência por meio da *overruling* de erros descobertos pelas Cortes hierarquicamente superiores, atualmente também empoderadas para corrigir seus próprios equívocos. Em suma, o método da lei exige o uso da razão para trabalhar em um grande plano antecipadamente. Já o método do precedente aplica a inteligência crítica para raciocinar e decidir qual a melhor nova decisão à luz das anteriores, do que há de especial no caso em julgamento e da necessidade de manter o direito coerente em seus princípios¹⁶.

11. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 110.

12. A *Magna Carta Libertatum* cuida-se de contrato celebrado entre a monarquia e senhores feudais, reconhecendo direitos e deveres recíprocos. É reputada o embrião do Estado de Direito, porquanto limitou o poder absoluto do rei (MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 57). A versão incorporada pelo *common law*, porém, não é a de 1215, assinada pelo Rei João, mas a que entrou em vigor em 1225 (GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent*. *Op. cit.*, p. 749).

13. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 4. Os precedentes que interpretam as leis são denominados precedentes interpretativos ou *statutory precedents* (ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 20).

14. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

15. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese de Titularidade. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008, p. 46. O assunto já fora abordado no item 1.7, *supra*.

16. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 5.

A despeito da imagem de um sistema forjado exclusivamente por precedentes judiciais ser uma caricatura, a figura do juiz no *common law* é central e os precedentes a pedra de toque da argumentação jurídica¹⁷.

Destaca-se, no estudo do *common law*, o princípio da Supremacia do Parlamento (*Parliamentary Sovereignty of the British Constitution*), instituído a partir da Revolução Gloriosa, em 1688, que permitiu à Inglaterra controle mais efetivo de suas colônias, cuja legislação era suplantada pela do Parlamento inglês. Esse princípio, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, não acarretou o enfraquecimento do sistema precedentalista, porquanto as teses veiculadas pelos precedentes raramente são alteradas pelo Parlamento com a promulgação de leis posteriores¹⁸.

Aliás, o princípio da Supremacia do Parlamento não impede o controle judicial dos atos legislativos, que é feito no direito inglês tendo por parâmetro os princípios do *common law*¹⁹.

Impende frisar que a Revolução Inglesa, de 1688, não teve como um de seus móveis a desconfiança da população em relação ao Judiciário e ao sistema do *common law*. Seu alvo era o Rei, que não respeitava esse sistema, o qual a Revolução pretendeu consolidar, com a instituição da Supremacia do Parlamento. Não almejou, portanto, a Revolução limitar a liberdade de atuação dos juízes, vez que o Judiciário sempre foi visto como um aliado na luta contra o absolutismo do rei²⁰.

A partir dos julgamentos feitos pelo *costume*, nos primórdios do *common law*, é que foi criada a teoria declaratória da decisão judicial, ou seja, ela apenas declarava um direito previamente existente^{21/22}.

Embora os sucessivos julgamentos de casos pelo costume formassem precedentes,

17. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 106.

18. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 4.

19. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 38-40; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. *Op. cit.*, p. 55-57.

20. O contrário ocorreu com a Revolução Francesa, como será estudado oportunamente (*infra*, item 3.2). Recorde-se que “a Revolução Gloriosa foi uma revolução não armada que pôs fim à monarquia absolutista na Inglaterra a partir da promulgação de uma carta escrita com força de constituição – a chamada *bill of rights* ou “declaração de direitos” – que estabelecia limites à monarquia e obrigava o respeito aos direitos indisponíveis dos súditos” (MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 66).

21. São partidários desta doutrina no direito inglês Edward Coke, Mathew Hale e Willian Blackstone (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 25-28).

22. Saliente-se, como já estudado (item 1.2.3, *supra*), que diante da paulatina incorporação de costumes por precedentes, estes constituem no moderno *common law* a única relevante fonte de direito além da lei escrita. Adverte René David que a “*common law* teve por efeito fazer desaparecer o direito consuetudinário da Inglaterra, existente nos costumes locais. (...) o precedente obrigatório é constituído por um único acórdão, dado por uma jurisdição de determinada categoria” (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 442-443).

no século XIII e seguintes não era reconhecido seu caráter vinculante (*binding* ou *coercive effect*), circunstâncias que fizeram Neil Duxbury afirmar que o *common law*, para funcionar, não precisa de uma doutrina precedentalista²³, tal é a cultura de respeito aos precedentes e ao princípio de que casos semelhantes devem ser decididos de modo equivalente (*like cases should be decided alike*). Realmente, referido princípio, além de remontar à filosofia grega clássica, era aceito pelos operadores do *common law* antes que passassem a atribuir autoridade ao precedente²⁴.

De tão arraigada a cultura precedentalista em países do *common law*, Cross e Harris observam que se um juiz de modo persistente se recusasse a seguir precedentes obrigatórios, é possível que houvesse um movimento para retirá-lo do cargo, mas seria um erro pensar em sanções drásticas para a quebra do dever de seguir os precedentes vinculantes. Isso porque o sistema de precedentes (*rules of precedent*) são regras práticas (*rules of practice*) e, se é desejável cogitar-se de sanções para a violação da obrigação de a elas se conformar, é suficiente assentar que conduta desconforme poderá ensejar comentários adversos da parte de outros juízes. Todavia, concluem os autores, não há muitos exemplos desses comentários nos *law reports* porque esse tipo de comportamento é raro²⁵.

A teoria declaratória contribuiu para a formação do sistema precedentalista (*precedent rule* ou *rules of precedent*), e foi sedimentada no final do século XVIII, com Blackstone, para quem os precedentes deveriam ser seguidos, a menos que manifestamente absurdos e injustos²⁶.

A doutrina declaratória apenas no século XIX foi superada com o advento do positivismo (sobressaindo-se como seus representantes no direito inglês Jeremy Bentham e John Austin), que formularam a teoria constitutiva, pela qual os precedentes judiciais forjam normas jurídicas, constituindo fonte do direito²⁷, teoria essa que, como aponta MacCormick, desde que passou a integrar a herança intelectual (*bag-and-baggage*) do

23. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 34-35.

24. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 25.

25. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 99.

26. BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University Chicago Press, 1979. v. 1, p. 70.

27. Representante do positivismo inglês e adepto da teoria constitutiva, Jeremy Bentham era um crítico do sistema do *common law* e defendia sua reforma, com a codificação do direito inglês, sonho, porém, que não se realizou. Ilustrativa é a passagem de seu pensamento: “*It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and me*” (BENTHAM, Jeremy. *Thruth v. Ashhurst*. In: *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co., 1843. v. 5, p. 235). Em tradução livre: “São os juízes (como já vimos) que fazem o *common law*. Você sabe como eles o fazem? Da mesma maneira que um homem faz leis para o seu cão. Quando seu cão faz algo que você não quer que ele repita, você aguarda até que o faça, e então bate nele. Esse é o modo pelo qual você faz leis para o seu cachorro; e essa é a maneira pelo qual os juízes fazem leis para mim e você”.

direito inglês, é amplamente aceita²⁸.

O positivismo foi fundamental para a instituição plena do sistema precedentalista (*precedent rule* ou *rules of precedent*), com a doutrina do *stare decisis*, visto que a partir de então os juízes não puderam mais afastar uma decisão anterior argumentando que assim estariam meramente declarando o verdadeiro direito²⁹.

A expressão *stare decisis* é a abreviação do brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, que significa “mantenha-se a decisão e não mexa no que está quieto”³⁰.

Mesmo no curso do século XIX a ideia de vinculação dos precedentes era apenas vertical, passando a *House of Lords* a reconhecer sua vinculação a seus próprios precedentes (precedentes horizontais) somente no final do citado século, com o julgamento, no ano de 1898, do caso *London Tramways Co. vs. London County Council*³¹.

A vinculação das cortes de apelação a seus próprios precedentes apenas no século XX passou a ser admitida, apontando Cross e Harris que ainda em 1938 se encontravam decisões dessas Cortes que não seguiam seus próprios precedentes³².

No longo caminho da configuração do sistema precedentalista inglês com a sua moderna feição, mostraram-se fundamentais, no século XIX, a profissionalização da *House of Lords* e a hierarquização das Cortes, com a criação, em 1830, de uma única *Court of Exchequer Chamber*, superior a todas as cortes do *common law*, hierarquicamente inferior apenas à *House of Lords*³³.

A instituição dos *law reports* também teve papel decisivo na consolidação na doutrina da *stare decisis*, pois permitiu a sistematização dos julgados, de molde a que fossem amplamente conhecidos e facilmente consultados³⁴.

Já no século XIII iniciou-se, ainda que de forma incipiente, a guarda e seleção das atas de julgamento (*court enrollments* ou *plea rolls*). No século XV surgiram os anuários (*Year Books*), organizados por assunto e em ordem alfabética, datando a primeira versão

28. MaCCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished? *Op. cit.*, p. 204-205. Lembre-se que, como exposto no item 1.3, *supra*, modernamente forjou-se a teoria determinativa, pela qual precedentes seriam determinações baseadas em princípios, constituindo, também por essa teoria, fonte do direito.

29. MaCCORMICK, Neil. Can *stare decisis* be abolished? *Op. cit.*, p. 204-206.

30. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Op. cit.*, p. 163.

31. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 102-103.

32. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law. Op. cit.*, p. 25.

33. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais. Op. cit.*, p. 97.

34. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent. Op. cit.*, p. 43-44.

impressa de 1495³⁵.

O procedimento de sistematização das decisões foi aprimorado no século XVI, com a criação dos *Law Reports*, que muito se assemelham aos repertórios judiciais modernos, sobrelevando-se as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke (a partir de 1600), considerado o pai da teoria moderna do precedente judicial, tendo publicado onze volumes (*Coke's Reports*)³⁶.

Significativo neste processo afigurou-se o emprego da analogia na argumentação jurídica³⁷.

Após a consolidação plena da doutrina do *stare decisis* em 1898 (julgamento *London Tramways*), a amenização de sua rigidez ocorreu no ano de 1966, quando adotada a denominada *Practice Statement of Judicial Precedent*, passando a *House of Lords* a admitir a superação de seus precedentes^{38/39}, prerrogativa, no entanto, que vem sendo pouco empregada, como já analisado (item 2.5, *supra*).

No *common law*, o julgamento de um novo caso constitui o *leading case*, ou caso paradigma, que forja precedente aplicável aos julgamentos posteriores. O caso posterior em julgamento é denominado *instant case*, *case at hand* ou *in hand*.

O estilo de julgamento do *common law* é marcado pela autorreferência jurisprudencial, vale dizer, a fundamentação de uma decisão deve aludir à jurisprudência da própria Corte ou de tribunal a ela superior⁴⁰. A citação de precedentes pelos operadores do direito foca nos detalhes de cada julgado, abordando os seus aspectos fáticos e jurídicos⁴¹.

Ressalte-se inexistir lei escrita (*statute law*) regulamentando o uso, citação e força vinculante dos precedentes direito inglês. Seu desenvolvimento ocorreu exclusivamente pela metodologia do *common law*, havendo substancial corpo de precedentes a respeito,

35. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 155.

36. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 155.

37. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. *Op. cit.*, p. 25-27.

38. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 123.

39. Sobre essa *Practice Statement* (cuja natureza jurídica é de Resolução Judicial) assim observou MacCormik: “Unquestionably this change will remove the worst effects of the *stare decisis* rule, in that inconvenient or unjust rules will be capable of reconsideration. As such it is most welcome. But it is by no means a fundamental reform: it is the old system with its worst anomaly removed” (Can *stare decisis* be abolished? *Op. cit.*, p. 198). Em tradução livre: “Inquestionavelmente, esta mudança removerá os piores efeitos da regra do *stare decisis*, porquanto regras inconvenientes ou injustas serão passíveis de reconsideração. Nesse sentido, é bem-vinda. Mas não se trata de uma reforma fundamental: é o velho sistema com sua pior anomalia extirpada”.

40. TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In COSTA, José Augusto Fontoura; ARRUDA DE ANDRADE, José Maria; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2003. t. 2, p. 1.535.

41. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. *Op. cit.*, p. 324.

além de doutrina jurídica⁴².

Nos julgamentos colegiados, as decisões são tomadas ao menos por maioria de votos. Sempre há um voto condutor do julgamento (*leading opinion*) e frequentemente os demais julgadores simplesmente declaram que o acompanham. Sem embargo, em casos complexos, ou naqueles em que há concordância com o resultado, mas não integralmente com seus fundamentos, são apresentados votos convergentes com análise própria. Também é permitida e habitual a redação de votos divergentes (*dissenting opinions*)⁴³. Nos julgamentos por maioria de votos, contudo, pode haver dificuldade para se extrair a *ratio decidendi*, que apenas pode ser considerada a razão adotada pela maioria dos julgadores, como já examinado (*supra*, item 1.4)⁴⁴.

O caráter adaptativo e maleável do *common law* é reputado como sua singular beleza, e esta feição é outorgada pelos instrumentos estudados no capítulo 2, os quais permitem que esse sistema forneça resposta adequada aos problemas e desafios atuais, não se tornando obsoleto⁴⁵.

De fato, como pondera René David, a *rule of precedent* não implicou paralisação do direito inglês. O precedente não representou maior obstáculo à sua evolução que a codificação para o sistema europeu continental⁴⁶.

3.1.1. Os precedentes no moderno direito inglês

A análise histórica do direito inglês já foi vista no item anterior, cabendo nesta sucinta pesquisa sobre a feição atual do moderno direito inglês⁴⁷.

A *Supreme Court of the United Kingdom* (UKSC)⁴⁸ é composta por 12 juízes, entre os

42. BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 327. Sobre a doutrina, giza René David que seu papel foi subestimado no *common law*, cujo desenvolvimento deve-se mais aos juízes que aos doutrinadores. Sem embargo, obras clássicas escritas por juizes ingleses foram reputadas *books of authority* (e.g., as obras de Glanvill, Bracton, Littleton e Coke). Atualmente o papel da doutrina ganhou mais relevo. O estudo do direito nas universidades foca mais nas obras jurídicas (tratados e manuais) do que nas coletâneas para práticos (*Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Op. cit.*, p. 444-445).

43. BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 319.

44. PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 188-190.

45. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning. Op. cit.*, p. 116.

46. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Op. cit.*, p. 443.

47. Há três sistemas jurisdicionais no Reino Unido: Inglaterra (e País de Gales); Irlanda do Norte; Escócia, possuindo nos dois últimos a lei escrita realçada importância. O sistema escocês é uma mistura do *common* com o *civil law*, devido às influências especialmente da França Renascentista (BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. *Op. cit.*, p. 315). No presente estudo, a análise será restrita ao direito inglês, a despeito de a *Supreme Court of the United Kingdom* apreciar casos também das outras duas jurisdições citadas.

48. Pela Reforma Constitucional de 2005 a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) foi substituída pela *Supreme Court*

quais um presidente. É dividida em turmas, ordinariamente cada uma com cinco membros⁴⁹.

A estrutura do sistema inglês atual, consoante admite seu próprio sítio eletrônico oficial, é complicada e confusa, pois desenvolvida ao longo de mais de mil anos, não sendo fruto de um projeto⁵⁰.

De modo didático e simplificado, para facilitar a compreensão, é possível consignar que a justiça de primeira instância é composta pelas *Law Courts*, formadas pelas *County Courts* e *Magistrates' Courts*. As decisões desses órgãos não forjam precedentes normativos, pois estão vinculadas aos precedentes das Cortes superiores, quais sejam, *High Court of Justice*, *Crown Court*, *Court of Appeal* e *Supreme Court*⁵¹.

As *County Courts* possuem jurisdição cível. As *Magistrates' Courts* competência penal⁵².

A *High Court of Justice* é instância recursal cível e dividida em três seções: *Queen's Bench Division*, *Family Division* e *Chancery Division*. A instância recursal penal é exercida pela *Crown Court*. Essas Cortes são vinculadas às suas próprias decisões e às da *Court of Appeal* e *Supreme Court*, hierarquicamente superiores⁵³.

A *Court of Appeal*, por sua vez, encontra-se hierarquicamente abaixo apenas da *Supreme Court*, estando vinculada a seus próprios julgados e às da *Supreme Court*.

A *Supreme Court*, como visto no item anterior, constitui precedentes que vincula a todos os demais órgãos, além de si própria, sem embargo da possibilidade de sua superação, como passou a ser possível a partir de 1966.

Interessante observar que no Reino Unido não existe abreviamento da via recursal ordinária em caso de descumprimento dos precedentes por juízo de grau inferior, como acontece no Brasil com a reclamação constitucional, aspecto que bem revela a solidez da

of de United Kingdom, que começou a funcionar em 2009 (CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 132). Essa reforma pretendeu emancipar o Poder Judiciário do Parlamento, visto que a *House of Lords*, ao lado da *House of Commons* (Câmara dos Comuns), integrava o Parlamento inglês (MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 71).

49. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 103-104.

50. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>>. Acesso em: 06 abr. 2021. Nesse sítio eletrônico há quadro com a estrutura do Poder Judiciário inglês.

51. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 104; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 72.

52. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a duração razoável do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. *Op. cit.*, p. 47-48.

53. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 104; MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. *Op. cit.*, p. 72.

cultura precedencialista naquele ordenamento⁵⁴.

A despeito de a via recursal para uma demanda chegar à Suprema Corte do Reino Unido ser estreita, sendo um dos requisitos a “relevância pública”, o que permite aos seus juízes a seleção dos casos que irão a julgamento, diferencia-se seu papel da Suprema Corte brasileira e da estadunidense, na medida em que, como não há Constituição escrita na Inglaterra, não possui função de Corte Constitucional, tendo por função precípua a uniformização do *common law*⁵⁵.

Na Inglaterra, consoante visto no capítulo 2, é plenamente possível a distinção dos precedentes ou sua superação (as denominadas *judicial departures*), sendo apenas não reconhecida a superação antecipada, do que se conclui possuir esse sistema maior rigidez que o praticado em outros países do *common law*, como os Estados Unidos⁵⁶.

Conquanto o direito inglês não admita a superação antecipada, possui válvula de escape análoga ao preconizar perderem sua força vinculante os precedentes *per incuriam*, ou seja, os decididos ignorando relevantes precedentes ou leis escritas⁵⁷.

Modernamente, tem sido comum na prática jurídica a citação não apenas dos precedentes vinculantes ou persuasivos ingleses, mas também de julgados americanos, da Corte Europeia de Justiça e de outros países da União Europeia⁵⁸.

Em relação aos *law reports*, há diversos atualmente prestigiados, mas nenhum é considerado oficial, sendo mais respeitado o *The Law Reports*, publicado pela *Incorporated Council of Law Reports for England and Wales*⁵⁹. A *Supreme Court* divulga atualmente seus julgados na íntegra em seu sítio eletrônico.

O sistema inglês não deixa de ser alvo de críticas, especialmente o distanciamento

54. MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. Op. cit., p. 87.

55. MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. Op. cit., p. 78.

56. Recordam BANKOWSKI e MacCORMICK que Lord Denning, Presidente da *Court of Appeal* do começo da década 1960 até os primeiros anos da década de 1980, experimentou a *anticipatory overruling*, experiência que foi desaprovada (BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. Op. cit., p. 345). Deveras, no caso *Cassel and Co. Ltd. vs. Broome*, a *Court of Appeal* recusou-se a seguir precedente da *House of Lords* sustentando ser ele *per incuriam*. No julgamento do recurso, no ano de 1972, Lord Hailsham fez séria advertência ao juízo *a quo*, repudiando o procedimento adotado. Assim se expressou o Lord: “*The fact is, and I hope that it will never be necessary to say so again, that in the hierarchical system of courts that exists in this country, it is necessary for each lower tier, including the Court of Appeal, to accept the decisions of the higher tiers*”. (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. cit., p. 99). Em tradução livre: “O fato é, e eu espero que nunca mais seja necessário dizê-lo, que no sistema hierárquico das Cortes existente neste país, é necessário que cada nível inferior, incluindo a *Court of Appeal*, aceite lealmente as decisões dos níveis superiores”.

57. BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. Op. cit., p. 327. Sem embargo, como visto na nota anterior, esse procedimento já foi alvo de repreensão pela *House of Lords*.

58. BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. Op. cit., p. 327.

59. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 107.

da Suprema Corte da realidade. Parte da doutrina ainda advoga a codificação do direito. Com o objetivo de simplificar o direito por meio da codificação, consolidação de leis esparsas e extirpação de leis obsoletas, foi instituída na Inglaterra a denominada *Law Commission*⁶⁰.

A moderna produção legislativa no direito inglês é digna de nota. Em 1951 foram aprovados 66 *Acts*, com 675 páginas. Em 1991, 69 *Acts*, com 2.222 páginas. Desde 1998 há na Inglaterra o Código de Processo Civil⁶¹. Em 2005 foram aglutinadas as principais regras do processo penal em um único documento, titulado *Criminal Procedure Rules*⁶². Digno de nota também foi o advento, em 2006, do *Code of Practice for Victims of Crime* (2006).

3.1.2. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos

Os EE.UU.AA., antiga colônia britânica (a data da independência é 04.07.1776), da Inglaterra herdaram o *common law* (salvo o Estado de Louisiana)⁶³. Em ambos os países há a mesma concepção geral do direito, de sua função e de suas grandes divisões. O direito é, pois, eminentemente jurisprudencial. A fonte legislativa, embora existente, é apenas realmente assimilada pelos operadores do direito após sua interpretação e aplicação pelos juízes. Nesse diapasão, quando inexistir precedente, o jurista afirmará que não há direito sobre a matéria (*there is no law on the point*), a despeito de haver lei a regulamentando⁶⁴.

De qualquer modo, assim como ocorre na Inglaterra, a fonte legislativa é hierarquicamente superior à jurisprudencial, afirmando-se, quando ocorre a alteração de um precedente pela lei que o *case* foi *reversed by statute*⁶⁵.

Particularmente a partir de sua independência, os Estados Unidos foram gradualmente abandonando os precedentes ingleses, constituindo o seu próprio *judge made law*. Contudo, ainda hoje se observa a referência a precedentes ingleses com mero caráter retórico e persuasivo, assim como se faz com a citação de precedentes de outro Estado, que não vinculam aquela jurisdição⁶⁶.

60. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 103.

61. NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. *Op. cit.*, p. 25.

62. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 124.

63. Como explica Hélio Krebs, “o Estado de Louisiana é conhecido como um Estado de *civil law* em uma nação de *common law*. Isso porque, ao mesmo tempo que possui um direito codificado bem aos moldes do *civil law* (...), [nele] também há o respeito explícito aos precedentes, mas não propriamente com os mesmos contornos do *stare decisis*, e sim com o que lá se denominou de *jurisprudence constante*” (KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 109).

64. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 459.

65. SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. *Op. cit.*, p. 38.

66. GARNER, Bryan A. *et al. The law of judicial precedent*. *Op. cit.*, p. 743-746.

Algumas diferenças entre o direito nos dois países, porém, são fundamentais.

Em primeiro lugar, os EE.UU.AA não adotaram o princípio da Supremacia do Parlamento, mas da Constituição⁶⁷, recordando-se que a Constituição estadunidense fora escrita em 1787, ratificada em 1788, entrando em vigor em 1789. A cláusula 2ª do art. VI estabelece que “esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país (...)”⁶⁸.

Enquanto na Inglaterra o controle das leis tem por parâmetro os princípios do *common law*, nos EE.UU.AA a referência é a Constituição. Lembre-se que a partir do julgamento *Marbury v. Madison* (1803)⁶⁹ foi estabelecido o controle judicial dos atos legislativos (*judicial review*), reconhecendo-se a Suprema Corte como guardiã da Constituição, forjando-se o moderno constitucionalismo. O *judicial review* teve por base a teoria da separação dos poderes, de Montesquieu, que nos EE.UU.AA. caracterizou-se pela fórmula de pesos e contrapesos (*checks and balances*)⁷⁰.

Não há, na Inglaterra, a noção de direito federal. Os EE.UU.AA, ao revés, são um Estado Federal, com nítida distinção de competência entre as autoridades federais e dos Estados⁷¹.

A grande diferença de extensão territorial dos dois países, além da população (frisando-se que os EE.UU.AA. possuem cinquenta Estados), bem indicam a distinção quantitativa do número de precedentes e leis entre a Inglaterra e os Estados Unidos⁷².

A parte vinculante dos precedentes, como já visto (item 1.4, *supra*) é denominada de *holding* no direito estadunidense. Ali, a regra do *stare decisis* fora proclamada pela primeira vez pela *Supreme Court* em *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* (1932) e não possui a mesma rigidez que na Inglaterra, cuidando-se de uma *soft rule* cuja natureza mais se assemelha a uma orientação política que a um comando cogente⁷³.

67. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. *Op. cit.*, p. 55-57.

68. No original: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land (...)*” (Disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951>. Acesso em: 06 abr. 2021).

69. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/judicial-review_0.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

70. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. *Op. cit.*, p. 58-67.

71. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 460.

72. Em texto escrito em 1997, e republicado em 2016, Robert Summers apontou haver quatro milhões de precedentes nos *law reports* estadunidenses (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In MacCOR-MICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p 403).

73. SELLERS, Mortimer Newlin Stead. *The Doctrine of Precedent in the United States of America* (September 3,

Consoante já anotado (item 2.5, *supra*), aparentemente sempre foi possível à Suprema Corte Estadunidense superar seus próprios precedentes, podendo ser indicado como seu primeiro exercício o caso *Louisville, Cincinnati, and Charleston RR v. Letson* (1844)⁷⁴. A prática da *overruling*, porém, é bastante criteriosa, tanto que essa Corte, de 1789 a 2009, superou, em 134 casos, somente 210 precedentes⁷⁵.

Em relação à organização judiciária estadunidense, na esfera federal a primeira instância é composta pelas *District Courts*; a segunda pelas *Courts of Appeals* (dividida em treze circuitos), havendo no ápice da pirâmide hierárquica a *Supreme Court* (USSC)⁷⁶, composta por nove juízes (denominados *justices*) escolhidos pelo Presidente dos EE.UU. AA. e confirmados pelo voto da maioria do Senado. Oito destes juízes são denominados *associated justices*, e um deles, Presidente da Corte, *chief justice*, nomeado para esse posto diretamente pelo Presidente dos EE.UU.AA.⁷⁷.

Na esfera estadual o Poder Judiciário é normalmente dividido em *trial courts of limited jurisdiction*, *trial courts of general jurisdiction*, *intermediate appellate courts* e *courts of last resort*⁷⁸.

As *trial courts of limited jurisdiction* (*lower courts* ou *inferior courts*) correspondem à porta de entrada do judiciário estadual, representando 85% de todos os órgãos do Poder Judiciário estadunidense. Alguns Estados não possuem órgãos desta espécie, como Illinois, Iowa e Massachusetts. Apreciam recursos das decisões desses juízes as *trial courts of general jurisdiction*, conhecidas como *major trial courts*⁷⁹.

2008). *American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 1, p. 20, 2006. Disponível em: <SSRN:https://ssrn.com/abstract=1262933>. Acesso em: 06 abr. 2021; MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. *Op. cit.*, p. 105. Nesse sentido, argumenta Michele Taruffo: “*Nel sistema americano (...) la forza del precedente esiste, ma in grado minore: il giudici americani applicano i precedenti con grande discrezionalità, ossia – per così dire – quando non trovano ragioni sufficienti per no farlo. Lo stare decisis continua ad esistere, dunque, e quindi i giudici solitamente spiegano perché non intendono seguire il precedente: pare tuttavia chiaro che il precedente ha efficacia solo quando il secondo giudice lo condivide. In caso contrario, il precedente viene overruled (Precedente e giurisprudenza. Op. cit., p. 23-24, grifos constantes do original)*. Em tradução livre: “No sistema americano (...) a força do precedente existe, mas em grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer –, quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e então os juízes geralmente explicam por que não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente possui eficácia apenas quando o segundo juiz o segue. Caso contrário, o precedente é *overruled*”.

74. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. *Op. cit.*, p. 123.

75. GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. *Op. cit.*, p. 9.

76. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a duração razoável do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. *Op. cit.*, p. 48.

77. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 49.

78. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 50.

79. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 50.

As *intermediate appellate courts* foram instituídas em trinta e nove Estados para desafogar as *state courts of last resort*, apreciando recursos das *major trial courts*⁸⁰.

As *courts of last resort*, também conhecidas como *State Supreme Courts*, têm composição variada a depender do Estado, normalmente de três a nove juízes. O Texas, por exemplo, possui duas Cortes desta espécie, uma com competência cível e outra criminal⁸¹.

Na maior parte dos Estados em que há tribunal intermediário, a Suprema Corte Estadual possui discricionariedade para escolher os casos que irá julgar, diante de sua relevância jurídica e política, faculdade que também possui a Suprema Corte dos EE.UU. AA., à qual as Supremas Cortes Estaduais estão vinculadas⁸².

As decisões de primeira instância não possuem efeito vinculante. Um órgão jurisdicional de grau inferior está vinculado às decisões de grau superior apenas quando ambos estiverem na mesma linha hierárquica, de modo que os julgados de um tribunal de apelação federal vinculam apenas as comarcas federais da mesma jurisdição (circuito, no caso), o mesmo podendo ser afirmado em relação aos Estados, não obrigando, portanto, as decisões de uma Suprema Corte Estadual juízes de outra unidade federativa. Os julgados da Suprema Corte, entretanto, vinculam os órgãos judiciários de todo o país, federais ou estaduais⁸³.

Da mesma maneira que a Suprema Corte não está vinculada a seus próprios precedentes, não há, nos EE.UU.AA., formal vinculação horizontal das Cortes Revisionais, muito embora exista uma coerção informal a que uma Corte siga seus próprios precedentes, fundada em razões de eficiência (economia processual) e humildade do julgador⁸⁴, além do princípio de que casos semelhantes devem ser tratados igualmente.

Deveras, assim como no direito inglês, no estadunidense o emprego dos precedentes cuida-se de tradição prática incorporada à cultura dos operadores do direito, em vez de doutrina legal no sentido estrito do termo⁸⁵.

80. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 50.

81. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 50-51.

82. LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. *Op. cit.*, p. 51.

83. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a duração razoável do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. *Op. cit.*, p. 48-49.

84. TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flávio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 218, p. 100-102, abr. 2013.

85. SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America (September 3, 2008). *Op. cit.*, p. 19. Destaca Ricardo Augusto de Araújo Teixeira que parte significativa do primeiro ano do curso direito nos EE.UU.AA é dedicado à análise de casos, identificação de seus fatos relevantes, bem assim às técnicas de manejo dos precedentes (Colhendo os frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. *Revista*

Da mesma forma que na Inglaterra, fundamental nos EE.UU.AA. o papel dos *law reports* na busca rápida e confiável dos precedentes. Neste país, ao contrário do que ocorre naquele, existem tanto repertórios oficiais como particulares, atualmente possuindo maior relevância os eletrônicos, como a *Westlaw* e *Lexis*⁸⁶. A *Supreme Court* divulga a íntegra de seus julgados em seu sítio eletrônico.

Além dos *law reports*, a doutrina, especialmente em tratados acadêmicos, explica e sintetiza precedentes, sendo citada pelos operadores do direito nos arrazoados e decisões⁸⁷.

Modernamente, há grande produção legislativa nos EE.UU.AA., sendo necessária sua compilação, comumente denominadas *Revised Laws* ou *Consolidated Laws*, ou mesmo *Códigos*, como o *United States Code Annotated* (USCA), que consolida a legislação federal. Esses códigos, porém, não seguem o modelo dos países da tradição do *civil law*, que regulamentam de forma sistematizada determinada matéria. São sobretudo redigidos seguindo uma ordem alfabética dos assuntos, reunindo e classificando as leis estadunidenses⁸⁸.

Sem embargo, existem códigos que se aproximam do modelo napoleônico, como os Códigos Civil, de Processo Civil, Penal e de Processo Penal de alguns Estados. Contudo, ao contrário do que acontece com os países do *civil law*, esses Códigos não são a fonte primária de um determinado ramo do direito. Geralmente apenas estatuem a regra já consolidada pela jurisprudência, fenômeno denominado “codificação da jurisprudência”⁸⁹.

Em relação ao estilo de julgamento estadunidense, é mais discursivo que dedutivo ou subsuntivo. Um acórdão, quando constituído por maioria de votos, é iniciado pelo voto vencedor (*majority opinion*), seguido do vencido (*dissent opinion*). Se a decisão é unânime, haverá apenas um voto, mas também é possível haver declaração de votos convergentes (*concurring opinions*). Havendo votos convergentes e divergentes, no acórdão primeiramente são apresentados aqueles, seguidos destes⁹⁰.

Na redação do voto, primeiramente são relatados os fatos e as decisões anteriores. Na sequência, as arguições do recurso. Os votos em grau de apelação raramente contêm informações detalhadas dos vários argumentos trazidos pelos recorrentes, embora a Corte

Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 72, p. 195, 2010).

86. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 109.

87. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. *Op. cit.*, p. 365.

88. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 505-506.

89. DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 506; SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. *Op. cit.*, p. 399.

90. SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. *Op. cit.*, p. 360-361.

frequentemente faça direta ou indireta referência a uma ou mais destas teses no julgado. A Corte usualmente alude a um ou mais precedentes mencionados nos arrazoados das partes e consigna se os segue ou se são distintos do caso em julgamento⁹¹.

Conquanto um só precedente de uma Corte Superior tecnicamente seja vinculante, uma linha de precedentes terá geralmente maior força normativa, é dizer, torna a regra menos sujeita à superação ou outra modificação⁹².

Outrossim, precedentes que não se relacionam estritamente ao ponto controvertido podem ser utilizados como exemplos ilustrativos ou análogos para tornar mais clara a decisão judicial⁹³.

Na decisão, a Corte abordará cada matéria trazida na apelação, mas o julgamento de uma delas pode prejudicar a resolução das outras. Nessa esteira, se três assuntos são veiculados na apelação e a resolução de um deles for suficiente a decidir toda a disputa, a Corte geralmente declinará de fazer o exercício acadêmico de decidir as matérias sobressalentes. No final do voto, comumente há uma frase concisa estatuinto o teor da decisão⁹⁴.

A extensão dos acórdãos varia de acordo com a complexidade e importância do caso, o número de matérias objeto do julgamento, bem como se há conflitos entre os precedentes aplicáveis, podendo algumas decisões ser extensas (com cerca de cinquenta laudas ou mais)⁹⁵.

Embora os votos divergentes possuam pouca importância prática para o caso em julgamento, podem conduzir em casos futuros à modificação ou superação do precedente anunciado no voto majoritário⁹⁶.

No julgamento de matérias novas, em que não há precedentes, a corte declara que a decisão é sua “primeira impressão” (*first impression*) sobre o assunto, e os juízes procuram decidi-la de acordo com os “princípios fundamentais da jurisprudência” (*fundamental principles of our jurisprudence*), fazendo considerações de ordem política, principiológica, e axiológica, como consistência e certeza⁹⁷. Esse julgado pode forjar o *leading case* sobre o assunto.

91. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 360.

92. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 388.

93. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 387.

94. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 360-361.

95. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 361.

96. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 361.

97. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 366.

No direito penal vige a máxima *nulla poena sine lege*, de modo que as Cortes se recusam a criar um precedente em um novo caso que estenderia o alcance de uma norma penal incriminadora⁹⁸.

No concernente à *antecipatory overruling*, na jurisdição federal não era incomum até 1989⁹⁹. À época, a corrente majoritária defendia que cortes inferiores deveriam desconsiderar precedentes da Suprema Corte se tivessem razoável certeza de que ela iria superá-los oportunamente. Todavia, no ano de 1989, no julgamento do caso *R. de Quijas v. Shearson/Am. Exp.*, a Suprema Corte pela primeira vez decidiu sobre a questão, condenando a superação antecipada. Pontuou que a corte de apelação deveria simplesmente seguir o precedente aplicável, deixando para a Corte Suprema a prerrogativa de superar suas próprias decisões¹⁰⁰.

Crítica-se a impossibilidade de superação antecipada porque nos Estados Unidos a Suprema Corte julga poucos casos por ano, e as Cortes federais de apelação são a última instância recursal para a grande maioria dos litigantes. Se não for permitida a superação antecipada, precedentes obsoletos vigerão por longo tempo até serem revogados¹⁰¹.

Também é alvo de questionamento o número excessivo de precedentes. Em estudo do ano de 1997, e republicado em 2016, Robert Summers assentou haver à época mais de quatro milhões de precedentes publicados nos *law reports*, circunstância que dificulta saber qual o direito aplicável a determinada questão, máxime diante dos conflitos existentes entre precedentes. Diante desse quadro, os julgadores podem ficar à vontade para escolher um julgado que se amolda à sua posição pessoal¹⁰².

3.2. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CIVIL LAW

A família do *civil law* compreende os países que adotaram o sistema europeu continental, oriundo do direito civil romano (compilações de Justiniano), redescoberto na Europa Continental fundamentalmente a partir do final do século XI pelas universidades dos países europeus latinos e germânicos, mas também influenciado pela tradição germânica, razão pela qual também se denomina de sistema romano-germânico¹⁰³. Operou nesta

98. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 368.

99. Como explicado no item 2.5.3, *supra*, com citação de exemplos.

100. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 368. No item 2.5.3, *supra*, foi transcrita parte da decisão do referido caso.

101. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 399.

102. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *Op. cit.*, p. 403-404.

103. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 63. Aponta o autor que a primeira universidade europeia a estudar o *Corpus Iuris Civilis* foi a de Bolonha, na Itália, no final

tradição jurídica também notável influência o direito canônico¹⁰⁴.

O *civil law* foi construído a partir de pensamento científico ou professoral, ao passo que o *common law* funda-se na prática judiciária¹⁰⁵.

Espalhou-se mundo afora o *civil law* no processo de colonização, adotando-o, entre outros países: a) na Europa: Itália, França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Espanha, Portugal, Suíça, Áustria e Turquia, lembrando-se que a Escócia adota sistema misto; b) quase todos os países do norte da África, incluindo Marrocos, Tunísia e Egito; c) sul da África: todas as ex-colônias francesas, belgas e portuguesas, inclusive Zaire, Angola e Moçambique, gizando-se que a África do Sul adota sistema misto; d) Oriente Médio: Síria e Jordânia; e) toda a América Latina; e) Estado de Louisiana, nos EE.UU.AA. e a província de Quebec, no Canadá; f) na Ásia: Japão, Indonésia e Filipinas¹⁰⁶.

O *Corpus Juris Civilis* foi assim batizado no século XVI e escrito no século VI por Justiniano, Imperador Bizantino, contendo quatro partes: *Institutas* (manual escolar), *Digesto* ou *Pandectas* (compilação dos *iura*), Código (reunião das *leges*) e Novelas (compêndio das Constituições promulgadas a partir do ano 535)¹⁰⁷.

Como marca distintiva, possuem os países do *civil law* a lei escrita, geral e abstrata como fonte primária do direito¹⁰⁸.

O *civil law* moderno deita suas raízes na Revolução Francesa, de 1789, que implicou rompimento com o sistema jurídico tradicional anterior e extinção da monarquia absolutista nesse país, tendo por base os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade (*liberté, egalité et fraternité*). Sua base filosófica é encontrada primordialmente em Montesquieu e Rousseau. O primeiro encampou a ideia do inglês John Locke da rígida divisão entre os Poderes estatais, que não deveria ficar concentrado nas mãos de um só indivíduo. Já pela teoria do contrato social, de Rousseau, a vontade da Nação deveria ser expressa por meio da lei escrita, capaz de garantir a igualdade¹⁰⁹.

Um dos fundamentos da Revolução Francesa foi a absoluta desconfiança da população para com a magistratura, até então aliada da monarquia absolutista e constituída

do século XI, sendo este considerado o marco do ressurgimento do direito romano.

104. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28.

105. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 73.

106. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 126.

107. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 114.

108. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 106-108.

109. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 112.

pela nobreza¹¹⁰. Disso resultou, conforme previsão de Montesquieu, a figura do juiz “boca da lei” (*bouche de la loi*), ou seja, a lei, de tão clara, não dava margem a interpretações, cabendo ao juiz apenas aplicá-la¹¹¹.

O ponto culminante desse processo deu-se com a codificação, notadamente o Código Civil Napoleônico, de 1804, que teve por premissa a existência de um legislador onisciente e onipotente, capaz de regular todos os conflitos existentes e futuros. O fenômeno da codificação constituiu, nos países da Europa continental, o embrião do positivismo jurídico¹¹². Deveras, a positivação da norma passou a ser vista como atividade de natureza constitutiva, e não meramente declaratória, consoante considerava o jusnaturalismo¹¹³. Formava-se, assim, o Estado Legislativo¹¹⁴.

Nesse contexto, a atividade do juiz consistia apenas em realizar silogismos, enquadrando-se os fatos na lei e enunciando a decisão por ela prevista. Ou seja, o papel da jurisprudência era, antes de ser constitutivo, meramente declaratório do direito¹¹⁵.

Na França, a teoria da separação dos poderes, ao contrário do que se passou nos EE.UU.AA. (país em que fundada no sistema de *checks and balances*), implicou subordinação do Judiciário aos atos do Legislativo e Executivo. Com efeito, ao contrário da concepção de Locke, que apresentou o Judiciário como um dos poderes, Montesquieu apenas formalmente assim o considerou. Nesta toada, a lei revolucionária de agosto de 1790 previu a inadmissibilidade de controle, pelo Judiciário, de atos legislativos ou administrativos¹¹⁶. Pelo art. 3º do Capítulo V da Constituição Francesa de 1791, os tribunais não poderiam “intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores em razão de suas funções”¹¹⁷.

110. ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. *Modulação de efeitos temporais na formação e na superação dos precedentes judiciais*. Op. cit., p. 31-33. Explica o autor que o “posto de juiz era um título de nobreza e não um cargo público. Este título, inclusive, podia ser comprado, vendido ou herdado” (p. 31-32).

111. Nas palavras de Montesquieu: “(...) existe uma lei: e onde ela é precisa, o juiz segue-a; onde ela não é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juizes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”. “(...) os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Op. cit., p. 87 e 175).

112. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 113-114.

113. ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. *Modulação de efeitos temporais na formação e na superação dos precedentes judiciais*. Op. cit., p. 35.

114. MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 18.

115. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 121.

116. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 28-30, 2001.

117. No original: “Chapitre V. Du pouvoir judiciaire. (...) Article 3. - Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant

Neste movimento de limitação dos poderes dos juízes mostrou-se fundamental a instituição na França, em 1790, da Corte de Cassação (*Cour de Cassation*), responsável por revogar as decisões que destoassem do comando legal. No início de sua história, não fazia esse órgão parte do Poder Judiciário. Com o tempo, sua atividade evoluiu não apenas para cassar a decisão fruto de erro, mas também substitui-la por outra, passando então a integrar o Poder Judiciário, sendo desde 1967 o tribunal de hierarquia mais alta no sistema francês¹¹⁸.

Até 1967 o Poder Judiciário francês era mais descentralizado, cada distrito possuindo suas Cortes Distrital e de Apelação. Diante destas características, não teve a jurisprudência, na França, o papel de relevo que possuiu na formação do direito inglês, tributando o direito francês sua uniformidade muito mais à lei escrita e doutrina¹¹⁹.

A partir do final do século XIX, porém, reconheceu-se ser um mito a capacidade do direito positivo de regular todos os fatos sociais, bem como de que a clareza da lei impunha uma só interpretação, como divulgado pela Escola da Exegese. Um marco nesse processo foi a obra *Méthodes d'Interprétation et Sources em Droit Privé Positif* (1889), de François Gény, que admitiu ter o juiz papel na criação do direito, constituindo a jurisprudência sua fonte, superando-se a figura do juiz “boca da lei”¹²⁰.

Outrossim, como explica Cappelletti, o modelo instituído pela Revolução Francesa, pretendendo acabar com a tirania, paradoxalmente permitiu o arbítrio do Executivo e Legislativo, pois ficaram esses poderes isentos de controle por parte de um terceiro órgão independente e apolítico ou menos político. O controle meramente político instituído pelas Constituições Francesas de 1799, 1852 e 1946 foram ineficientes. Sepultou de vez a ideia da infalibilidade parlamentar, fundada em Rousseau, a legislação fascista do século XX¹²¹.

Destaca-se nesse processo o moderno Constitucionalismo, que colocou a Constituição no ápice hierárquico de um Estado de Direito, possibilitando ao Poder Judiciário a declaração de invalidade de uma lei contrária à Constituição, corroborando a teoria de que também no *civil law* a jurisprudência é fonte do direito, não possuindo mero papel declaratório¹²². Surgia o Estado Constitucional¹²³.

eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions”. Disponível em: <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

118. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 114.

119. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. Op. cit., p. 12-13.

120. KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 115-116.

121. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Op. cit., p. 30-32.

122. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. Op. cit., p. 67-69.

123. MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 21-23.

Essa função é modernamente acentuada com a conceituação dos casos difíceis¹²⁴, cláusulas gerais e conceitos legais ou jurídicos indeterminados¹²⁵, presentes em diversas legislações modernas, como o nosso atual Código Civil e o Estatuto da Criança e Adolescente. Acompanhou o declínio dos grandes Códigos e a consolidação do constitucionalismo o advento de legislações especiais ou microssistemas legais¹²⁶.

Conforme pensamento de Hassemer, o juiz, sem perder de vista a sua vinculação à lei, age como criador do direito, amoldando-a “por meio da doutrina e jurisprudência, como se esses dois elementos desempenhassem uma função de ‘engate lógico’ entre a lei e os fatos”¹²⁷.

Hodiernamente, pois, nos países de tradição jurídica romano-germânica ocorreu a valorização da jurisprudência, surgindo, também nesta família, a ideia de a atividade jurisdicional constituir fonte do direito, e, de consequência, o conceito dos precedentes judiciais vinculantes, ainda que apenas de fato ¹²⁸.

3.2.1. Os precedentes judiciais na Itália

O ordenamento jurídico italiano é considerado um arquétipo do *civil law*¹²⁹.

O Sistema de Justiça na Itália divide-se em duas partes principais: jurisdição ordinária e especial, compreendendo a última diversas espécies, entre as quais a principal é a administrativa, exercida em grau recursal pelo Conselho de Estado (*Consiglio di Stato*),

124. *Hard cases*, ou casos de difícil solução, consoante já anotado (item 2.3, *supra*), são aqueles que não podem ser submetidos a uma regra de direito clara, estabelecida previamente (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. cit.*, p. 127).

125. Nelson e Rosa Nery definem *conceitos legais indeterminados* como “palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos (...)”. Citam como exemplos os termos ordem pública, bons costumes, urgência e perigo iminente. Já *cláusulas gerais* são “normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir (...)”. Fornecem como exemplos a função social do contrato e a boa-fé objetiva (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, não paginado. *E-book*). Adriano Barbosa leciona que “as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são como janelas que permitem um constante arejar do sistema jurídico, renovando os ares do ambiente e evitando o bolor, próprio dos ambientes (leia-se sistemas) fechados” (Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 259).

126. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 75.

127. HASSEMER, W. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Op. cit.*, p. 195-197.

128. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 75; DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 160-161.

129. COLOMBO, Giorgio Fabio. Nomophilacy and Beyond – Comparative Reflections on Judicial Precedents by Supreme Jurisdictions in Italy and Japan. In *European Journal of Comparative Law and Governance*, Leiden, v. 2, n. 4, p. 281, 2015.

a exemplo do que ocorre na França¹³⁰.

A jurisdição ordinária é exercida em segunda instância primordialmente pela Corte de Apelação (*Corte d'Appello*), que possui competência cível e criminal, atuando costumeiramente em turmas com três juízes¹³¹.

No topo da hierarquia da jurisdição ordinária há a Corte de Cassação (*Corte di Cassazione*), que também aprecia recursos cíveis e criminais, lidando apenas com questões de direito (de natureza material e processual), e não de fato. É considerada a Suprema Corte das instâncias ordinárias, e composta por cerca de quatrocentos juízes que integram câmaras com quatro magistrados, havendo em alguns casos sessões de julgamento com sete (*Sezione Unite*)¹³².

A Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*) foi introduzida em 1948 pela Constituição da República e começou a operar em 1957. Ela não faz parte da hierarquia ordinária das Cortes, possuindo função constitucional, ou seja, verificação da legitimidade constitucional das leis ordinárias. É formada por quinze juízes com mandato de nove anos, cinco dos quais eleitos pelo parlamento, cinco escolhidos diretamente pelo Presidente da República e cinco eleitos pelos juízes ordinários. Julga aproximadamente quatrocentos casos por ano, decididos sempre em plenário¹³³.

Observa-se, pois, que o sistema italiano é composto de duas Supremas Cortes: a ordinária (*Corte di Cassazione*) e a Corte Constitucional¹³⁴.

Diferentemente da Suprema Corte Estadunidense, a *Corte Costituzionale* e a *Corte di Cassazione* não têm a faculdade de selecionar os casos que desejam julgar. Preenchendo os pressupostos recursais, o reclamo é obrigatoriamente julgado. Todavia, neste século tem sido introduzido mais filtros recursais para tornar mais difícil o acesso a essas cortes¹³⁵.

No sistema italiano, as decisões colegiadas são editadas de acordo com a maioria. As sessões são secretas, e a decisão é divulgada sempre em nome da Corte, nunca

130. BACCAGLINI, Laura; PAOLO, Gabriella di; CORTESE, Fulvio. Judicial Precedent in the Italian legal system: a shift toward a stare decisis model? *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Stanford, p. 2-3, abr. 2017. Disponível em: <<http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/19-baccaglini-di-paolo-cortese>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

131. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 142.

132. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 142 e 144.

133. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 143-144.

134. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 144.

135. COLOMBO, Giorgio Fabio. Nomophilacy and Beyond – Comparative Reflections on Judicial Precedents by Supreme Jurisdictions in Italy and Japan. *Op. cit.*, p. 296-297.

individualmente de um magistrado, a despeito de ser um juiz o encarregado a relatar o caso e redigir o voto após o julgamento. Não é anunciado o resultado da votação, tampouco são admitidos votos escritos concorrentes ou divergentes. Os últimos são apenas prolatados em situações especiais, caso o magistrado deseje se resguardar de eventual ação futura de reparação de danos, e é mantido em segredo apenas para possibilitar sua eventual defesa a demonstrar que não concorreu para aquela decisão¹³⁶.

Por exigência constitucional as decisões judiciais devem ser fundamentadas e o estilo é dedutivo, inspirado no modelo silogístico¹³⁷.

No passado, os julgamentos da *Corte di Cassazione* não eram publicados na íntegra, diante de seu grande número, mas apenas suas máximas (*massime*), que se aproximam dos informativos de jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, consistindo em resumo com cerca de dez linhas abordando os aspectos jurídicos da decisão, geralmente sem fazer específica referência aos fatos. Todavia, não necessariamente a *massima* contém a *ratio decidendi* do julgado, frequentemente sendo nela incluídos *obiter dicta*. São registradas no *Ufficio del Massimario*, disponível inclusive por meios eletrônicos, e veiculadas em importantes periódicos jurídicos¹³⁸.

O inteiro teor dos julgamentos da Corte Constitucional sempre foi publicado em periódico oficial, a *Gazzetta Ufficiale*¹³⁹, atualmente disponível em versão eletrônica.

Os julgamentos das Cortes de Apelação e de primeira instância não costumam ser publicados em periódicos, salvo se possuírem significado especial a critério do editor¹⁴⁰.

Atualmente, porém, com a informatização, nos sítios eletrônicos das Cortes é possível a obtenção do inteiro teor de seus julgados, tendo também adotado a Corte Constitucional as máximas¹⁴¹.

No passado, os precedentes judiciais já possuíram efeito vinculante na Itália, (consoante art. 9º, título 22, do livro 3 da *Regie Costituzione* do Estado de Piemonte), mas passaram a ser meramente persuasivos a partir de 1848 (art. 73 do *Statuto Albertino*, que

136. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 144-145.

137. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 146-147.

138. MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Michigan, v. 9, n. 1, p. 130, 2000; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 149.

139. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 148.

140. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 149.

141. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 38.

passou a ser a Constituição do Reino Italiano)¹⁴².

Modernamente, até a década de 1960, o direito italiano, pautado pela supremacia da lei e de sua interpretação formalista e positivista, não se preocupava com os precedentes judiciais. Desde então, porém, iniciou-se estudo a respeito do tema, com o questionamento se haveria espaço para uma doutrina dos precedentes nesse ordenamento, mesmo sendo integrante do *civil law*¹⁴³.

A partir desse marco temporal houve crescente valorização da jurisprudência, sendo comum referência a outros julgados – precedentes – nas decisões judiciais, mas não há formal vinculação de nenhum precedente. Sem embargo, os julgamentos da Corte Constitucional, Corte de Cassação e Cortes de Apelação são frequentemente considerados como precedentes no sentido de que devem ser observados em casos futuros¹⁴⁴.

E não apenas as decisões judiciais aludem a outros julgados, mas também os litigantes em seus arrazoados, dedicando-se atualmente substancial parte da produção doutrinária à análise jurisprudencial¹⁴⁵.

Um precedente é assim considerado apenas pelos juízes que decidem os casos seguintes. Frequentemente uma decisão prolatada com o intuito de influenciar decisões futuras cai no esquecimento. Um *leading case*, portanto, apenas pode ser assim considerado *ex post* (e não *ex ante*), de acordo com a influência que exerceu em julgamentos posteriores¹⁴⁶.

Costuma-se mencionar precedentes não apenas no mesmo sentido da decisão proferida, mas também – para melhor esclarecer a linha decisória adotada –, de direção contrária, reputando-se estes últimos maus exemplos decisórios¹⁴⁷.

Diante desse panorama, um precedente no direito italiano não é considerado fonte do direito, conquanto possa ser reputado fonte de fato. Não há precedentes obrigatórios, apenas persuasivos¹⁴⁸.

142. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 184.

143. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 171.

144. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 151-152.

145. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 152.

146. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 152; 174.

147. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 172.

148. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.

É reconhecido, de qualquer forma, o papel dos precedentes em preencher as lacunas do direito, interpretar as leis e forjar decisões justas para os casos concretos¹⁴⁹. Parte da doutrina defende inclusive sua inserção entre as fontes do direito¹⁵⁰.

Inexistindo precedentes obrigatórios, eles são sujeitos à superação sem maiores formalidades, não havendo pertinência neste ordenamento jurídico do estudo aprofundado de algumas ferramentas como a distinção e a *overruling*, já que nenhum juiz é obrigado a seguir qualquer precedente¹⁵¹. A prática judiciária é simplesmente criar e invocar os precedentes, sem submetê-los a um escrutínio crítico ou racionalização científica¹⁵².

De se destacar que recentemente houve emprego, pela Corte de Cassação italiana, da *prospective overruling* (Decisão 15.144/2011), ponderando que a mudança não previsível da jurisprudência justifica a excepcional atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão em tutela da confiança legítima, sendo a partir de então utilizada esta técnica no direito italiano em caráter excepcional¹⁵³.

A despeito da ausência de vinculação formal dos precedentes judiciais no direito italiano, decisões judiciais que não seguem precedentes relevantes são geralmente criticadas, e reformadas pelas instâncias superiores. Quando uma Corte não segue seus próprios precedentes deve dar razões suficientes para tanto, havendo então uma informal *overruling* ou *distinguishing*. Mudanças no substrato político, econômico, social e legal são frequentemente invocadas para a não aplicação de um precedente¹⁵⁴.

O fator mais importante de destaque de um precedente é a hierarquia do seu órgão prolator. Possuem, logo, maior efetividade os precedentes da Corte Constitucional, seguidos dos da Corte de Cassação em matérias cíveis e penais e do Conselho de Estado em matéria administrativa¹⁵⁵.

Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit., p. 154-155. Os autores apontam que o único julgamento vinculante é a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas ressalvam que esse julgamento não é um precedente propriamente dito, possuindo o mesmo efeito da ab-rogação, deixando a norma de existir no ordenamento.

149. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 186.

150. CROCE, Marco. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e Impresa*, Padova, v. 22, p. 1.146, 2006.

151. MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Op. cit.*, p. 140.

152. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 167.

153. LANZAFAME, Agatino. Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015. *Rivista Giudicium*, Pisa, 2015, p. 18-21. Disponível em: <<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/617/Lanzafame.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

154. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 155-156; 159-161.

155. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study. Op. cit.*, p. 159.

A Corte de Cassação e o Conselho de Estado atualmente não possuem apenas função revisional (julgamento de recursos), mas também função *nomofilática*, consistente em assegurar a correta e uniforme interpretação da lei¹⁵⁶.

No direito italiano, maior valor que um precedente isolado possui uma tendência jurisprudencial, ou seja, um conjunto de decisões na mesma direção — a denominada jurisprudência constante ou consolidada (*giurisprudenza costante* ou *consolidata*)¹⁵⁷.

Precedentes horizontais geralmente possuem força persuasiva mais frágil que os verticais, mas são citados quando veiculam novos argumentos, ou cuidam-se de decisões sobre matéria inédita¹⁵⁸.

A crítica que se faz ao sistema italiano é que sequer as Supremas Cortes seguem seus próprios precedentes, sendo comum o conflito de precedentes¹⁵⁹.

Os conflitos podem ocorrer entre precedentes individuais, mas também entre correntes jurisprudenciais. A maior razão para estas dissonâncias é a superprodução de decisões judiciais, ou seja, milhares de julgados por ano¹⁶⁰.

Crítica-se também o uso das ditas máximas (*massime*). Muitas vezes trazem em seu bojo *obiter dicta*, e não a *ratio decidendi* do julgado, sem qualquer especificação a respeito. Como não se referem aos fatos, e tampouco são acompanhadas do inteiro teor dos julgados, são lembradas muitas vezes pelo julgador subsequente como se veiculassem a *ratio decidendi* do precedente¹⁶¹.

Advoga-se na Itália modernamente o estabelecimento de um sistema claro de precedentes, com algum tipo de vinculação vertical e horizontal, permitindo a superação

156. MORO, Paolo. Sul valore tópic del precedente giudiziale. In SARRA, Claudio; DALBRENTA, Daniele (Coord.). *Res iudicata*: figure della positività giuridica nell'esperienza contemporânea. Padova: Padova University Press, 2013, p. 182; BACCAGLINI, Laura; PAOLO, Gabriella di; CORTESE, Fulvio. Judicial Precedent in the Italian legal system: a shift toward a stare decisis model? *Op. cit.*, p. 3-4; 11-12.

157. MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Op. cit.*, p. 141; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 160-161.

158. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 162.

159. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 163.

160. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 165; 173.

161. MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Op. cit.*, p. 131; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 168-169. Como adverte Marino Marinelli, nos países do *civil law* os operadores do direito tendem a aplicar um precedente como aplicariam uma norma jurídica geral e abstrata (I precedenti giudiziari tra obbligatorietà e persuasività: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo C.P.C. brasiliano e della sua sùmula vinculante. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 45, v. 304, jun. 2020).

apenas quando houver boas razões¹⁶².

3.2.2. Os precedentes judiciais na Alemanha

O ordenamento jurídico alemão é codificado, e foi forjado a partir da recepção do direito romano na idade média pela prática dos operadores do direito, havendo sua adaptação ao modo de vida alemão, processo esse em que tiveram papel relevante os tribunais nos séculos XVII e XVIII. Coleções de julgamentos passaram a ser publicadas e no século XIX era comum predizer que o século XX seria de “culto aos precedentes”¹⁶³.

Nesse contexto, enquanto o Código Civil Napoleônico é revolucionário, o Código Civil alemão (em vigor a partir de 1900) é científico e histórico, resultado do desenvolvimento do direito alemão desde a recepção do direito romano¹⁶⁴.

O sistema de justiça alemão moderno, afora a jurisdição constitucional, é constituído por cinco ramos distintos: a jurisdição ordinária (cível e criminal), administrativa, trabalhista, previdenciária (social) e tributária (fiscal)¹⁶⁵.

Regra geral (com exceções que não cabe neste estudo pormenorizar), cada uma dessas jurisdições possui três níveis hierárquicos. A jurisdição comum é formada pela Corte Inferior (*Amtsgericht*), a Corte Distrital (*Landgericht*), a Corte Superior Regional de Apelação (*Oberlandesgericht*) e a Corte Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*). A despeito de serem quatro as Cortes, não há possibilidade de um feito tramitar por todas elas, tendo como limite máximo três, sendo os detalhes regulados na Lei Geral das Cortes (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVC) e nos Códigos de Processo Civil (ZPO – *Zivilprozeßordnung*) e Penal (StPO – *Strafprozeßordnung*). Cada uma das demais jurisdições possui estrutura análoga, figurando no ápice hierárquico uma Suprema Corte¹⁶⁶.

A jurisdição constitucional é extraordinária, possuindo apenas uma instância, sendo exercida em nível federal pela Corte Constitucional Federal (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*), composta por dezesseis juízes; em nível estadual, pelas Cortes Constitucionais Estaduais¹⁶⁷.

162. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Op. cit., p. 167.

163. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Op. cit., p. 40.

164. ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. Op. cit., p. 71.

165. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 17.

166. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Op. cit., p. 17.

167. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. Op. cit., p. 18.

Os tribunais dividem-se em turmas, sendo a Corte Constitucional Federal integrada por duas e a Corte Federal de Justiça (BGH) por dezenas, com competências específicas (cível, criminal, além de outras mais especializadas, como antitruste). Os casos são julgados ao menos por maioria de votos, não sendo divulgados os votos divergentes, salvo na Corte Constitucional Federal¹⁶⁸.

Nos recursos para as Supremas Cortes Federais de cada jurisdição não são analisados normalmente fatos, mas apenas questões de direito. O acesso a essas Cortes pode ser admitido de forma ampla, como nos casos criminais, ou sujeitar-se a determinados requisitos (nas jurisdições administrativa, trabalhista, previdenciária, fiscal e parte da cível comum), é dizer, envolver princípio de fundamental importância (*grundsätzliche Bedeutung*), ou então tratar-se de reclamo contra decisão que não seguiu precedente estabelecido pela respectiva Suprema Corte ou Corte Constitucional Federal. Não apenas o segundo filtro relaciona-se de modo especial com a doutrina dos precedentes, mas também o primeiro, na medida em que a seleção do caso de especial importância é feita pela sua aptidão de fixar precedente válido para futuros julgamentos e de contribuir para o desenvolvimento do direito¹⁶⁹.

A competência da Corte Constitucional é fixada pela Constituição Alemã (*Grundgesetz*) e inclui dezesseis procedimentos. Em parte dos casos, exige-se para admissão a existência de questão de fundamental importância para o direito constitucional ou de violação grave a direito fundamental. Um feito é apenas admitido pelo voto favorável de ao menos três dos oito juízes de cada turma¹⁷⁰.

O estilo de julgamento das Cortes alemãs é dedutivo, legalista e professoral, com alta carga discursiva e argumentativa. É raro atualmente encontrar uma decisão que não faça referência a um precedente, sendo seu emprego mais comum o autorreferencial, com citação de precedentes da própria Corte, além de Cortes de hierarquia superior, máxime da Corte Constitucional Federal. A alusão a precedentes ocorre muito frequentemente sem uma discussão aprofundada, possuindo cunho mais ilustrativo. Análise mais acurada sobre os precedentes ocorre na doutrina¹⁷¹.

As decisões da Corte Constitucional Federal são publicadas em repositório oficial, incluindo os votos vencidos. Existem também periódicos não oficiais que veiculam decisões dos demais tribunais, sendo rara, porém, a publicação de decisões de órgãos jurisdicionais inferiores. Casos especiais até pela imprensa comum são divulgados. Atualmente destaca-

168. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 18-19.

169. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 19-20.

170. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 20-21.

171. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 21 e 23-24.

se a publicação eletrônica, seja de periódicos (o mais famoso é o *Juris*), seja pelos sítios eletrônicos das respectivas cortes. A publicação de um caso inclui seu contexto fático¹⁷².

No Reino de Hanover, em 1838, houve regulamentação de precedentes judiciais vinculantes, com o objetivo de aumentar a segurança jurídica e a igualdade nos julgamentos. Dez anos depois, contudo, essa norma foi revogada, por não atingir seu escopo¹⁷³.

Hodiernamente, na Alemanha são vinculantes apenas os precedentes da Corte Constitucional Federal, que obrigam todos os órgãos e autoridades federais e estaduais, além das demais Cortes de Justiça¹⁷⁴. A vinculação, porém, é vertical, não obrigando a própria Corte Constitucional Federal. Todos os demais precedentes são reputados persuasivos¹⁷⁵.

Sem embargo, não seria incorreto afirmar, por desafiar decisão que não siga precedente de Corte Suprema recurso para esta respectiva Corte, que seus precedentes não possuem mero caráter persuasivo, podendo-se considerá-los, de acordo com o conceito já explanado (item 1.5.2, *supra*), *quase vinculantes*¹⁷⁶.

Reforça essa conclusão a existência de outros mecanismos de preservação dos precedentes no direito alemão. Por exemplo, pretendendo uma Corte Constitucional Estadual decidir contrariamente a um precedente de outra Corte Estadual, deve apresentar esta intenção à Corte Constitucional Federal¹⁷⁷, o que revela o valor, no direito alemão, não apenas dos precedentes verticais, mas também horizontais.

A jurisprudência e doutrina alemãs, não alheias a esse fenômeno, costumam categorizar os precedentes como formalmente (*de jure*) ou de fato (*de facto*) vinculantes¹⁷⁸.

Atualmente, o papel dos precedentes interpretativos é acentuado, sendo-lhes atribuído pelas decisões judiciais maior valor que à doutrina¹⁷⁹.

172. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 22.

173. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 32.

174. Lembre-se que o sistema de controle constitucional concentrado brasileiro, com edição de decisões vinculantes, é inspirado no ordenamento alemão (CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 179).

175. RICHTER, Dagmar. Does International Jurisprudence Matter in Germany: the federal constitutional court's new doctrine of factual precedente. *German Yearbook of International Law*, n. 49, p. 68-69, 2006; ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 26 e 56.

176. Nesse sentido, Alexy e Dreier apontam que muitos autores sustentam que os precedentes possuem força vinculante que se situa entre a formal obrigatoriedade e a mera ilustração (ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 31).

177. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 31.

178. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 32-33.

179. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 24.

As Cortes inferiores normalmente seguem os precedentes das hierarquicamente superiores, e os operadores do direito e autoridades administrativas tendem a lidar com os precedentes judiciais de modo análogo às leis¹⁸⁰.

Um conjunto de precedentes possui muito mais peso que um simples caso. Uma corrente jurisprudencial que perdura por algum tempo é denominada “jurisprudência permanente” (*ständige Rechtsprechung*); permanecendo estável por décadas, é chamada de “jurisprudência estabelecida”¹⁸¹.

Advogados que ignorem a existência de precedentes podem ser responsabilizados civilmente por danos causados a seus clientes¹⁸².

A despeito de sua importância moderna, não são os precedentes considerados pela jurisprudência como fontes autônomas do direito, independentes da lei e do costume, mas a doutrina já avança nessa direção¹⁸³.

Conflitos de precedentes, embora raros, também existem no direito alemão¹⁸⁴.

Por ser restrita a hipótese de vinculação dos precedentes, os tribunais alemães não desenvolveram uma prática metodológica de *distinguishing*. Se um precedente não é considerado suficientemente similar, ele simplesmente não é aplicado¹⁸⁵.

O sistema de justiça alemão, para superação de precedentes (sejam vinculantes ou corrente jurisprudencial permanente), exige fortes razões, e comumente elas se referem a mudanças no substrato sociopolítico-econômico¹⁸⁶.

A *overruling* implícita é rara, sendo geralmente explícita. A despeito de academicamente ser defendido o emprego da *prospective overruling*, não é aplicada pelo Poder Judiciário alemão, salvo raras exceções. Já a *antecipatory overruling* é realizada, recusando-se uma Corte inferior a adotar um precedente de uma superior em antecipação ao seu provável julgamento do caso em questão¹⁸⁷.

180. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 27.

181. FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial Precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 07-19, p. 6, abr. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=534504>>. Acesso em: 06 maio 2021; ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 50-51.

182. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. *Op. cit.*, p. 41.

183. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 33 e 40-43. Os autores apontam que Oscar Bülow, já em 1885, defendia que não as leis, mas as leis conjuntamente com os juízes, criam o direito (p. 43).

184. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 53.

185. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 50 e 54.

186. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 34-35.

187. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 57-58.

O Poder Judiciário alemão é frequentemente acusado de invadir espaço reservado ao Poder Legislativo, estabelecendo regras ou princípios gerais como *rationes decidendi*, conquanto fosse desnecessário assim proceder para decidir o caso em julgamento. Esse problema, todavia, é denominador comum nos ordenamentos em que há separação de poderes, e não pode ser resolvido de uma vez ou mediante fórmula única, mas pela prática continuada que esteja atenta a essa questão. Nesse cenário, concluem Alexy e Dreier, a prática alemã pode ser considerada como um esforço razoável para fazer uma apropriada ponderação entre a competência desses dois Poderes Estatais¹⁸⁸.

3.2.3. Os precedentes judiciais na França

A principal característica do sistema de justiça francês é a separação das jurisdições ordinária e administrativa, instituída pela Revolução Francesa, que idealizou a separação dos Poderes proibindo juízes comuns de decidir matéria administrativa, entendendo que isso seria exercício de função executiva. Na época da Revolução Francesa, como já visto anteriormente neste capítulo (especialmente no item 3.2, *supra*), a função judicial foi concebida como mera aplicação silogística da lei, sem margem a interpretação ou discricionariedade. O exercício da função administrativa, por sua vez, envolve discricionariedade, inexistindo algumas vezes lei a servir de premissa maior na decisão de um caso. Se aos tribunais fosse permitido decidir casos administrativos, produziriam suas próprias regras que serviriam de premissa maior, o que implicaria exercício de funções legislativas e administrativas¹⁸⁹.

A partir da Revolução, portanto, casos envolvendo autoridades administrativas passaram a ser julgados pela jurisdição administrativa, cuja Corte superior é o Conselho de Estado (*Conseil D'Etat*), vinculado ao Poder Executivo até a Terceira República (1870-1945), a partir de quando ganhou autonomia. Já a Corte superior da jurisdição comum é a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*)¹⁹⁰.

Nas jurisdições ordinária e administrativa francesas, os juízes são recrutados e treinados de modo diverso e as regras processuais e materiais são distintas. O direito administrativo não é codificado, aproximando-se do sistema do *common law*. Não constitui, porém, um *judge-made law* como naquela família, vez que também a jurisdição administrativa é circunscrita pelo art. 5º do Código Civil e Lei 16, de 24.08.1790, que proíbem juízes de decidirem com base em regras e princípios gerais. Outrossim, a despeito

188. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *Op. cit.*, p. 61-62.

189. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 103.

190. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 182; TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 103.

de não sistematizadas em um Código, grande é o número de leis administrativas¹⁹¹.

Para elucidar a diferença das jurisdições, vale mencionar que um tratado de direito civil normalmente segue a ordem das matérias aduzidas no Código Civil, ao passo que uma obra de direito administrativo é dividida de acordo com os grandes princípios moldados pelo Conselho de Estado¹⁹².

Nas jurisdições comum e administrativa há três níveis hierárquicos, mas apenas dois graus de jurisdição, *i.e.*, uma decisão pode ser reexaminada apenas por um grau hierárquico superior. Em ambas as jurisdições, acima dos órgãos de primeiro grau há as Cortes de apelação. As decisões das Cortes de apelação podem ensejar recurso para as Cortes Superiores (Corte de Cassação e Conselho de Estado), mas não se trata teoricamente de terceira instância, ou de novo apelo, porquanto essas Cortes não examinam fatos, mas apenas questões de direito. Na prática, porém, como as Cortes superiores não podem selecionar os casos que julgam, acabam funcionando como terceiro grau de jurisdição¹⁹³.

Além da jurisdição comum e administrativa, no sistema de justiça francês há o Conselho Constitucional (*Conseil Constitutionnel*), criando pela Constituição de 1958 e considerado atualmente uma Corte Constitucional, a que cabe, além de resolver disputas eleitorais, realizar o controle de constitucionalidade de atos legislativos do parlamento, antes de sua promulgação. Após a promulgação, nenhum controle pode ser feito pelo Conselho Constitucional. Seus nove membros são indicados para mandatos não renováveis de nove anos, um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Presidente da Assembleia Nacional e um terço pelo Presidente do Senado. Apenas possuem legitimidade para impugnar atos legislativos perante o Conselho Constitucional o Presidente da República, o Primeiro Ministro, Deputados e Senadores. Suas sessões são secretas e não admitem sustentações orais¹⁹⁴.

As decisões do Conselho Constitucional são vinculantes para as demais Cortes e autoridades governamentais e administrativas (art. 62 da Constituição), mas nenhum recurso pode ser interposto em face das decisões dessas Cortes para o Conselho Constitucional¹⁹⁵.

Assim como as decisões da Corte de Cassação, as do Conselho Constitucional são apresentadas como interpretativas do texto da Constituição, e não criadora de novos

191. CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 182; TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 104, 113 e 117.

192. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 114.

193. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 104.

194. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 105.

195. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 105 e 116.

princípios. Contudo, o texto da Constituição é extremamente vago, o que torna impossível escrever um tratado de direito constitucional sem referência aos conceitos, princípios e distinções empregadas pelo Conselho Constitucional¹⁹⁶.

A Corte de Cassação e o Conselho de Estado são divididos em câmaras. A primeira é composta de seis (cinco cíveis e uma criminal); a segunda Corte por dez câmaras¹⁹⁷.

O juiz francês é concebido como um agente que exercita função (e não poder) judicial. A única fonte legítima do direito é a lei, fruto da vontade geral, consoante estatui a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. O estilo do julgamento é, portanto, silogístico, legalista e magisterial, sendo as decisões concisas, contendo em algumas vezes poucas linhas. Discussões interpretativas de leis são raras, havendo presunção da sua univocidade¹⁹⁸.

Inexistem votos convergentes ou divergentes. O resultado da votação não é proclamado, havendo presunção de que a decisão foi unânime. A introdução de votos divergentes, defendida por parte da doutrina, é rejeitada pelos juízes, que entendem enfraqueceria a legitimidade das Cortes, passando a ser vista a decisão judicial como mera opinião privada da maioria dos juízes¹⁹⁹.

Alguns acadêmicos advogam sejam as decisões mais bem elaboradas e fundamentadas, havendo atual tendência nesse sentido, especialmente pela influência e outras Cortes europeias e do Conselho de Estado. Deveras, as Cortes judiciais e administrativas são por vezes impelidas a realizar discussão mais aprofundada a fim de demonstrar a coerência de suas decisões com a jurisprudência do Conselho Constitucional²⁰⁰.

A maioria das decisões das Cortes superiores (Corte de Cassação e Conselho de Estado) são publicadas em boletins oficiais, em seleção feitas por esses próprios tribunais²⁰¹.

As decisões mais importantes do sistema de justiça são publicadas em periódicos jurídicos, mas é rara a publicação de decisões de órgãos jurisdicionais inferiores. Decisões não publicadas por vezes são citadas em artigos doutrinários²⁰².

As decisões publicadas acompanham, primeiramente, uma lista de palavras-chave para indexação, e um breve sumário da *ratio decidendi* (semelhante às ementas dos

196. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 114.

197. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 106.

198. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 107 e 109.

199. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 110.

200. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 108.

201. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 108.

202. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 108.

julgados brasileiros), seguindo-se às decisões normalmente comentários, os quais, dada a brevidade das decisões, auxiliam em sua compreensão, constituindo importante doutrina jurídica²⁰³.

No ordenamento francês os precedentes judiciais não possuem força vinculante, apenas persuasiva, salvo as decisões do Conselho Constitucional. Por previsão legal, qualquer juiz pode realizar consulta à Corte de Cassação sobre a interpretação de uma lei ou questão jurídica nova. A resposta a essa consulta, que possui formatação semelhante a uma decisão, é tomada pelo plenário da Corte, mas não é legalmente vinculante, mesmo para o juiz que a formulou, embora possua relevante força persuasiva²⁰⁴.

Os precedentes judiciais são muito raramente citados nas decisões judiciais, que não devem ser fundamentadas neles, mas na lei. Os precedentes são objeto de pesquisa mais acurada apenas pela doutrina, considerada no direito francês fonte auxiliar do direito, diante de sua influência na jurisprudência e atividade legislativa. Uma decisão judicial que faça alusão exclusivamente a precedentes é considerada não fundamentada. A referência a precedentes judiciais ocorre tanto para realizar analogia com o caso em julgamento, invocando-se sua *ratio*, como também *a contrario sensu*. Mais que a um caso determinado, é feita menção à jurisprudência constante (*jurisprudence constante*)²⁰⁵.

As fontes do direito, no ordenamento francês, obedecem à ordem hierárquica: constituição, tratados internacionais, leis e precedentes. A autoridade destes últimos deriva das fontes formais do direito que eles aplicam e interpretam, resistindo a comunidade jurídica francesa a reconhecer formalmente seu papel constitutivo do direito e não meramente declaratório²⁰⁶.

Na prática, porém, grande é o valor dos precedentes judiciais, visto que uma decisão de Corte inferior é mantida se seguir a interpretação dada a estatutos e princípios por uma Corte superior, e reformada se dela divergir. Pode-se falar, assim, em uma vinculação de fato, a despeito de inexistir *de jure*. Nesse sentido, modernamente a jurisprudência pode ser considerada fonte do direito, e quem quiser estudar uma regra jurídica não pode se ater aos estatutos, devendo também considerar os precedentes a seu respeito²⁰⁷.

A função da Corte de Cassação, ao analisar apenas questões jurídicas, e não fáticas, é justamente uniformizar a aplicação do direito, cabendo idêntico papel ao Conselho

203. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 108-109.

204. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 111-112; 116-117.

205. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 112, 115, 117, 122-123 e 129.

206. STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedente in France. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 21-22; TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 112-113.

207. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 113-119.

de Estado na jurisdição administrativa, incumbindo ao Tribunal de Conflitos (*Tribunal des Conflits*) solucionar eventual conflito de precedentes entre as duas jurisdições. Mais rara se mostra a existência de conflito de precedentes internamente em cada um dos tribunais superiores de cada jurisdição. Afora garantir a uniformidade do direito, a Corte de Cassação e Conselho de Estado também têm exercido papel relevante no desenvolvimento e atualização da lei, bem assim na colmatação de suas lacunas²⁰⁸.

Por não serem os precedentes vinculantes, as decisões judiciais não utilizam formalmente as técnicas da distinção e superação. Em relação à primeira, as partes normalmente argumentam que um precedente é ou não aplicável ao caso, e o Judiciário leva essa argumentação em conta ao decidir. A doutrina, por sua vez, costuma reinterpretar os *leading cases*, procurando demonstrar que a verdadeira *ratio decidendi* é diversa da que todos consideram ser, de modo que a aplicação do precedente deveria conduzir a um resultado diverso²⁰⁹.

O emprego da *overruling* (denominada no direito francês *revirements*) é de difícil identificação em uma decisão judicial, porquanto o precedente a ser superado não é nela mencionado, procurando a doutrina averiguar se determinado precedente fora revogado. Tradicionalmente, os efeitos da superação são sempre retroativos, resistindo o sistema de justiça francês a lhe outorgar os prospectivos, a despeito de existirem algumas experiências de *prospective overruling* no presente século²¹⁰.

Já a *anticipatory overruling* é admitida no direito francês, vez que não são vinculantes os precedentes judiciais, podendo, assim, uma Corte inferior deixar de seguir jurisprudência de superior. Quando uma Corte inferior viola um precedente da Corte de Cassação, frequentemente o faz na esperança de que essa regra seja posteriormente revista pela Corte Superior, lembrando-se que algumas associações de juízes têm posições institucionais e encorajam seus membros a decidir de determinada maneira, buscando a mudança jurisprudencial²¹¹.

O Poder Legislativo muitas vezes edita uma lei confirmando um precedente, mas mais frequentemente superando-o²¹².

Finalmente, a crítica que se faz ao emprego de precedentes no direito francês é

208. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. *Op. cit.*, p. 226; TROPER, Michel; CRZE-GORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 116 e 136.

209. STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedente in France*. *Op. cit.*, p. 28-29; TROPER, Michel; CRZE-GORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 132-133.

210. STEINER, Eva. *Theory and practice of judicial precedente in France*. *Op. cit.*, p. 34-37; TROPER, Michel; CRZE-GORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 133-134.

211. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 134.

212. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*. *Op. cit.*, p. 134-135.

o risco de sua aplicação mecânica, sem se ater à similitude fática das hipóteses, perigo esse em que podem incorrer não só os órgãos jurisdicionais inferiores, mas também as superiores²¹³.

3.2.4. Os precedentes judiciais na Espanha

No sistema de justiça espanhol a jurisdição comum possui cinco competências: civil, criminal, trabalhista, administrativa e militar. De modo simplificado, pode-se afirmar que na primeira instância os órgãos jurisdicionais são constituídos por juízo monocrático²¹⁴.

O segundo grau de jurisdição é exercido por câmaras compostas por três magistrados, havendo duas espécies de Cortes distintas.

A primeira trata-se dos Tribunais Provinciais (*Audiencias Provinciales*), presentes em cada uma das 52 províncias espanholas, competentes para julgar os recursos de apelação, atuando, porém, como primeiro grau jurisdicional para o julgamento de crimes mais graves.

O segundo tipo de Cortes são os Tribunais Superiores das Comunidades Autônomas (*Tribunales Superiores de las Comunidades Autonomas*), que são em número de dezessete (correspondendo às dezessete regiões administrativas federais, denominadas Comunidades Autônomas) e funcionam como segundo grau de jurisdição para as causas em que os tribunais provinciais exercem a primeira instância. Realizam também o julgamento em primeiro grau jurisdicional para casos administrativos²¹⁵.

Há ainda uma Corte atípica, a Audiência Nacional (*Audiencia Nacional*), com jurisdição de primeira instância em matérias de relevância nacional tocantes às competências criminal, administrativa, trabalhista, terrorismo e tráfico de drogas²¹⁶.

Em um nível hierárquico mais elevado existe o Tribunal Supremo, que funciona como a última instância da jurisdição comum em importantes matérias, a maior parte delas a respeito de questões de direito (debatidas nos recursos de *casación*). Suas decisões são irrecorríveis, salvo se houver base constitucional para acesso ao Tribunal Constitucional. É dividido em cinco seções: civil, criminal, administrativa, militar e trabalhista, cada uma

213. TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *Op. cit.*, p. 139.

214. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016, p. 260.

215. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 260.

216. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. *Op. cit.*, p. 260-261.

composta por duas turmas com cinco juízes²¹⁷.

O Tribunal Constitucional não é considerado parte da jurisdição comum, tampouco do Poder Judiciário, sendo composto por doze juízes, a maioria professores de direito, havendo também em seu quadro, embora em menor número, juízes advindos do Tribunal Supremo.

À Corte Constitucional cabe o julgamento dos *recursos de inconstitucionalidad* (que possuem limitada legitimidade ativa); conflitos de competência entre as jurisdições estadual e federal; questões de constitucionalidade (apresentadas pelos juízes quando em dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ao decidir um caso); *recursos de amparo*, que podem ser interpostos por qualquer cidadão alegando violação de direito constitucional fundamental por ato administrativo, judicial ou do Poder Legislativo no exercício de função atípica (não legislativa)²¹⁸.

Os julgamentos da Corte Constitucional, a depender da matéria, são realizados em sessões com três juízes, seis ou em sessão plenária. Até a Constituição de 1978, o julgamento era secreto e eventuais votos divergentes não divulgados, apenas o resultado, sem especificação quanto a ser unânime ou por maioria de votos. Idêntico procedimento era adotado pelos demais órgãos colegiados²¹⁹.

Referida Carta Política, porém, previu a publicação das decisões da Corte Constitucional, acompanhada de eventuais votos divergentes, no diário oficial, regra que posteriormente foi incorporada pela Lei Orgânica do Poder Judiciário e estendida aos demais tribunais. Todavia, ainda é pouco aplicada pelo Poder Judiciário Espanhol, sendo rara a publicação de votos divergentes, e mais incomum ainda a de votos concorrentes²²⁰.

Nos julgamentos colegiados, tomados por maioria de votos, como já se assinalou, há um relator designado (*ponente*), que apresenta minuta de voto, ficando responsável, ao final, pela redação da decisão. O estilo decisório é mais dedutivo que discursivo, sendo ainda legalista, magisterial e com estrutura silogística²²¹.

Os precedentes não são discutidos de modo aprofundado nas decisões judiciais, havendo breve referência, por vezes com transcrição de excerto. Na academia, porém, tem

217. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 261.

218. MADEIRA, Daniela. *El papel de los precedentes en el sistema del civil law*: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Madri, 2019, p. 101-105; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 261.

219. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 262.

220. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 262.

221. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 264-265.

sido alvo de pesquisa mais acurada²²².

O ordenamento jurídico espanhol confere ao Judiciário restrito poder de seleção de casos, visto que garante amplo acesso à justiça e prevê a inafastabilidade da jurisdição. Disso resulta largo acesso à Suprema Corte pela via recursal ordinária, bem assim à Corte Constitucional pelo *recurso de amparo*. Via de regra, apenas graves defeitos formais no pleito autorizam sua rejeição liminar²²³.

Sem embargo, a Corte Constitucional pode recusar liminarmente reclamo individual se houver precedente consolidado no sentido da decisão impugnada. Na mesma esteira, o art. 885 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (que se trata do Código de Processo Penal Espanhol), admite a rejeição liminar do recurso quando o “Tribunal Supremo já tiver rejeitado no mérito outros recursos substancialmente iguais”, ou seja, quando a decisão impugnada estiver em consonância com sua jurisprudência consolidada²²⁴.

No concernente à publicação das decisões judiciais, as da Corte Constitucional são publicadas, conforme já referido, no Diário Oficial, sendo também atualmente acessíveis no sítio eletrônico desse tribunal, contando também com publicações privadas. Os julgamentos da Suprema Corte, das Cortes Superiores de Justiça das Comunidades Autônomas, da *Audiencia Nacional* e das Cortes Provinciais são também publicados em veículos oficiais e não oficiais, normalmente periódicos privados, eventualmente acompanhadas de comentários. Estão disponíveis também na internet²²⁵.

Tradicionalmente no ordenamento jurídico espanhol, os juízes são vinculados pela lei, não por precedentes. Por conseguinte, a jurisprudência tem sido considerada apenas uma fonte complementar do direito, não sendo incluída pelo Código Civil como uma de suas fontes formais. Todavia, a partir de Constituição de 1978, houve valorização dos precedentes. O Tribunal Constitucional, por exemplo, tem admitido recursos de amparo por violação ao princípio constitucional da igualdade pelo tratamento desigual a casos semelhantes²²⁶.

Mesmo atualmente, porém, os juízes relutam em reconhecer existir papel criativo da

222. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 270 e 281-282.

223. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 263.

224. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 263.

225. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 266.

226. MORAL SORIANO, Leonor M. Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 57, p. 148-149, 2000; MADEIRA, Daniela. El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. *Op. cit.*, p. 112-116. Dispõe o art. 1º, § 1º, do Código Civil Espanhol que “*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*”. Trata-se de norma de sobredireito, aplicável não apenas ao direito civil.

jurisprudência, ainda quando preenchem uma lacuna legal²²⁷.

Na Espanha, são formalmente vinculantes apenas os precedentes da Corte Constitucional, os quais possuem eficácia vinculante vertical e horizontal, obrigando a própria Corte. A Corte Constitucional apenas pode deixar de seguir seus próprios precedentes quando houver relevantes razões para tanto. A vinculação horizontal, porém, abrange apenas o órgão emissor do precedente, que pode ser um órgão fracionário da Corte Constitucional, hipótese em que não vincula órgão fracionário diverso. Essa circunstância limita o efeito vinculante dos precedentes constitucionais²²⁸.

A vinculação formal dos precedentes da Corte Constitucional relaciona-se com o moderno constitucionalismo, que defende possuir a Constituição força normativa, e não mero conteúdo programático²²⁹.

Os demais precedentes não possuem caráter vinculante, apenas persuasivo. Um julgamento que ignore ou desrespeite a jurisprudência não é considerado propriamente injurídico, mas apenas sujeito a discussão e reforma²³⁰.

Modernamente, contudo, em atenção à igualdade e segurança jurídica, a Suprema Corte possui papel uniformizador da jurisprudência, havendo previsão de específico recurso interposto perante esse tribunal com essa finalidade (recurso de *casación* ou *revisión*). O exercício desta função tem valorizado a jurisprudência, aproximando-a de um efeito vinculante formal. Pode-se afirmar que o juiz espanhol mais segue que ignora os precedentes das Cortes superiores, afigurando-se os casos de desrespeito explícito exceções. Mas mesmo com esse mecanismo nomofilático ainda existem conflitos entre precedentes na Espanha²³¹.

Releva destacar que enquanto apenas uma decisão da Corte Constitucional possui efeito vinculante *de jure*, somente a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal pode

227. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 272.

228. MADEIRA, Daniela. El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. *Op. cit.*, p. 106-108; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 272-273; 275 e 278. Reza o art. 5.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial (1985): “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Já seu § 6º prescreve que “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

229. MADEIRA, Daniela. El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. *Op. cit.*, p. 101-103.

230. MADEIRA, Daniela. El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo. *Op. cit.*, p. 96-97; MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 274.

231. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 274-275; 280; 287-288.

ser considerada como vinculante *de facto*²³².

Na Espanha o conceito de *leading case* não possui muita relevância, sendo mais comum a citação de julgados mais recentes ao invés do primeiro julgamento que fixou determinado entendimento, especialmente porque ele normalmente passa por processo de aprimoramento pelos seguintes²³³.

Inexiste no Poder Judiciário espanhol a prática de realizar distinção ou superação explícitas. Quanto à *distinguishing*, as Cortes normalmente ignoram os precedentes que julgam não ser aplicáveis ou apenas lhe fazem referência sem aprofundar a discussão sobre sua não incidência no caso em julgamento. O mesmo ocorre quanto à *overruling*, seja de precedentes da Corte Constitucional, seja de linha jurisprudencial da Suprema Corte. Por vezes, entretanto, a decisão anterior é citada e então reinterpretada de modo diverso. Salvo raras exceções, a superação não é em prospectiva, possuindo efeito para o caso em julgamento e os futuros. Embora haja casos em que juízes de hierarquia inferior tenham se negado a seguir precedentes da Corte Constitucional argumentando que foram baseados na ordem constitucional anterior, antecipando-se a uma provável superação feita pela Corte Constitucional, o instrumento processual adequado para tanto seria remeter a questão para julgamento da Corte Constitucional²³⁴.

A Corte Constitucional tem exigido que, para serem realizadas em harmonia com o princípio da igualdade, a distinção ou superação de precedentes devem apresentar vocação para o futuro, ou seja, serem adotadas como critério geral para casos semelhantes, fundando-se, pois, em razões jurídicas objetivas, vedando-se qualquer casuísmo ou arbitrariedade. Costuma haver a mudança na rota jurisprudencial por alteração das circunstâncias sociais, mas também para corrigir interpretações passadas errôneas²³⁵.

3.3. (IN)EXISTÊNCIA DE CONVERGÊNCIA DOS SISTEMAS?

Há muitos séculos os modelos de *civil e common law* sofrem influências recíprocas. A partir da segunda metade do século XX, porém, acentuaram-se, em cada país, as interferências horizontais, ou seja, de um ordenamento a outro diverso, ainda que integrante de famílias jurídicas distintas, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que

232. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 282-283. Nesse sentido, Miguel Pasquau Liaño explica que “*lo que (...) se constituye en referente para la decisión posterior es el criterio jurisprudencial acumulado, es decir, el criterio o argumento que ha acabado ganando autoridad por su repetición, es decir, por su capacidad de presentarse reiteradamente como válido para solucionar un asunto*” (Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias. *Direito Público*, São Paulo, v. 10, n. 54, p. 79-90, nov./dez. 2013, p. 80).

233. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 283-284.

234. MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. *Op. cit.*, p. 284-287.

235. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Igualdade y respeto al precedente. *Op. cit.*, p. 220-221 e 226.

as principais mudanças eram verticais, vale dizer, dentro de cada ordenamento segundo sua própria linha histórica²³⁶.

Da análise feita dos países integrantes das duas famílias jurídicas ocidentais (*civil e common law*), extraem-se, de plano, algumas convergências relacionadas aos precedentes judiciais.

Os precedentes hodiernamente possuem relevância no processo decisório e desenvolvimento do direito em ambas as tradições, e não apenas no sistema anglo-saxão, independentemente de possuir efeito formal vinculante ou alguma outra força normativa. Outrossim, ambos os sistemas jurídicos permitem mudança e evolução dos precedentes pela atividade judicial. De outro lado, há crescente incremento do direito legislado nos países da tradição do *common law*²³⁷.

O Constitucionalismo, a seu turno, também aproximou as duas tradições jurídicas, figurando em ambas a Constituição no ápice hierárquico normativo, o que redundou tenha o juiz moderno do *civil law* feição muito distinta da figura inanimada concebida pela Revolução Francesa²³⁸.

Diferenças significativas, porém, remanescem entre os dois sistemas.

No manejo de precedentes, no *civil law* é outorgada menor importância aos fatos que o forjaram do que nos países do *common law*, o que pode ser explicado pela cultura de se lidar primordialmente com a lei, que constitui uma regra geral e abstrata²³⁹. O estilo decisório de ambas as famílias é, pois, diverso, sendo no *civil law* dedutivo, silogístico, legalista e magisterial, ao passo que no *common law* é indutivo e discursivo²⁴⁰.

Outrossim, nos países do *civil law* não se costuma, na análise de um precedente, diferenciar sua *ratio decidendi* do *obiter dictum*²⁴¹.

Acresce que nos países do sistema romano-germânico inexistia metodologia sofisticada de emprego de técnicas de afastamento e superação de precedentes, notadamente a *distiguishing* e a *overruling*, o que é em parte tributado à carência de

236. TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 42-43, 2001; DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 26.

237. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. *Op. cit.*, p. 107-108; MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 532-534.

238. CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes*. Jundiaí: Paco, 2014, p. 93-94; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 81.

239. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 536-537.

240. TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 448-451.

241. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 537.

vinculação formal dos precedentes nestes ordenamentos. Disso decorre que muitas vezes um precedente deixa de ser seguido ou é superado sem que a ele se faça menção²⁴².

Ao contrário do que ocorre em países do sistema anglo-saxão, nos integrantes do *civil law* uma única decisão geralmente não configura precedente a ser seguido em casos futuros, exigindo-se uma linha de precedentes ou corrente jurisprudencial consolidada para existir força normativa, ainda que de fato²⁴³.

No *civil law*, juízes de Cortes inferiores não se sentem obrigados a seguir precedentes de Cortes superiores como os magistrados do *common law*, seja porque argumentam não ser o *case law* fonte do direito, seja porque defendem possuir independência funcional²⁴⁴.

Finalmente, a figura do juiz permanece, no *common law*, central, ao passo que no *civil law* a lei é a pedra de toque da argumentação jurídica, *i.e.*, trata-se de sistema centrado na legislação²⁴⁵.

Impende considerar que não apenas no que concerne aos precedentes judiciais ambos os sistemas possuem marcantes distinções. Embora não sejam objeto desse estudo, circunscrito aos precedentes judiciais, relevante enunciar que essas diferenças se referem primordialmente à formação dos juristas, ao modo de investidura dos juízes, à discricionariedade dos tribunais na escolha dos casos que julgarão e ao papel do júri e da doutrina em cada uma dessas famílias jurídicas, de modo que se pode concluir existir aproximação entre os sistemas, mas persistirem profundas diferenças culturais^{246/247}.

242. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 537-539.

243. MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 538.

244. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* *Op. cit.*, p. 121-123; MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further general reflections and conclusions. *Op. cit.*, p. 538-539.

245. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning.* *Op. cit.*, p. 108.

246. WILLS, Emma Marie. The Roles of Judges and of Judge-Made Law in English Common Law and the Civil Law Family of Legal Systems. *Anglo-German Law Journal*, v. 3, p. 114-128, 2017.

247. Discorda-se, portanto, de Taruffo, para quem diante do atual cenário de evolução não possui a tradicional distinção entre os dois sistemas qualquer valor descritivo (*Precedente e giurisprudenza.* *Op. cit.*, p. 7-8).

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Nos dois primeiros capítulos deste trabalho já foram estudados com a profundidade necessária os principais aspectos da teoria geral dos precedentes judiciais normativos, além de suas técnicas de aplicação e superação.

Na pesquisa dos institutos objeto daqueles capítulos já se explorou a sua aplicabilidade ao direito brasileiro.

Não se pretende, portanto, neste capítulo, uma repetição do quanto já expandido, mas, tal qual se fez na análise do direito comparado (capítulo 3), uma perquirição dos principais aspectos do sistema de precedentes judiciais vinculantes no direito brasileiro.

Para compreensão desse sistema, portanto, não basta a leitura deste capítulo, sendo imprescindível sua conjugação com os de números 1 e 2.

O estudo dos precedentes no direito brasileiro feito neste capítulo não se aterá a aspectos meramente procedimentais (v.g., legitimidade para interposição de determinado recurso que forja específico precedente, seu prazo, além de outros pormenores), os quais são tratados em excelentes manuais e estudos específicos sobre recursos. O recorte metodológico realizado circunscreve o objeto da pesquisa ao sistema de precedentes, procurando averiguar quais os vinculantes no direito brasileiro, notadamente no processo penal, além dos quase vinculantes e meramente persuasivos.

4.1. BREVE HISTÓRICO ATÉ O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ATUAL

A busca por maior valorização e efetividade dos precedentes judiciais não é almejada apenas recentemente na história do direito pátrio. Já nas Ordenações Manuelinas, de 1513, houve a adoção, pelo Reino de Portugal (e, de consequência, pelo Brasil Colônia), dos denominados *assentos*, proposições gerais e abstratas, com força vinculante, adotadas pela Casa de Suplicação de Lisboa, outorgando interpretação autêntica às leis e objetivando o julgamento uniforme de feitos de sua competência¹.

A não observância dos assentos sujeitava o magistrado a sanções funcionais².

Com a edição das Ordenações Filipinas, em 1603, passou-se a denominar *Livro da Relação* o de registro dos assentos, o qual posteriormente fora titulado *Livro dos Assentos*³.

1. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 158-159.

2. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 53.

3. PANUTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código*

Após a vinda da Família Real para o Brasil, em 1808, a elaboração dos assentos passou a competir à Casa de Suplicação do Brasil, situada no Rio de Janeiro, que se tratava do mais importante tribunal nacional. Esses assentos são o embrião da nossa atual súmula vinculante⁴.

No Brasil Império, estabeleceu o art. 2º do Decreto 2.684/1875 competir ao Supremo Tribunal de Justiça, criado após a Constituição de 1824, “tomar assentos para inteligência das leis civis, comerciais e criminais, quando da execução delas ocorrerem dúvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juízos de primeira instância nas causas que cabem na sua alçada”. Estabelecia os parágrafos desse dispositivo legal que os assentos seriam aprovados por dois terços dos Ministros, sendo-lhes vedado revogá-los, possuindo eficácia provisória até que derogados pelo Poder Legislativo⁵.

Extinto o Império com a Proclamação da República, a Constituição de 1891 extirpou os assentos, atribuindo seu art. 59 ao Supremo Tribunal Federal a competência para resolver, definitivamente, processos em que discutida a validade e interpretação da Constituição e legislação federal^{6/7}.

Interessante anotar que, a despeito de inspirada na Constituição dos Estados Unidos, a Carta de 1891 previu, expressamente, ao contrário daquela, o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. De outro lado, diversamente da Corte Estadunidense, a nacional não atribuiu ao STF a prolação de julgamentos

de Processo Civil de 2015. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 34.

4. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 159-160; ALMEIDA, José Raul Gavião de. A súmula vinculante e a responsabilidade civil. *Op. cit.*, p. 164.

5. VELASCO, Ignácio Maria Poveda; CARMIGNANI, Maria Cristina. O precedente judicial na história do direito luso-brasileiro. In YARSHHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 415; MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 160.

6. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. *Op. cit.*, p. 160-161. Com o advento da República, o Supremo Tribunal de Justiça foi transformado em Supremo Tribunal Federal pelo Decreto 848/1890, iniciando suas atividades em 28.02.1891.

7. Em Portugal os assentos foram substituídos em 1995 pelos acórdãos para uniformização de jurisprudência, julgados pelo plenário das seções cíveis (PANUTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*, p. 37). Antes de sua revogação pelo DL 329-A/95, haviam sido declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão 810/1993, Rel. Cons. Antero Alves Monteiro Diniz) por ofensa ao art. 115, n. 5, da Constituição Portuguesa (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. *Op. cit.*, p. 2.114, nota 16; PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170-171). Atualmente em Portugal possuem efeito vinculante os julgamentos de tribunais internacionais e eficácia *erga omnes* as declarações de inconstitucionalidade de lei ou ilegalidade de atos administrativos (SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A vinculação aos precedentes judiciais: o artigo 927 do Novo Código de Processo Civil brasileiro e seus impactos. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 615).

vinculantes, tampouco o poder de selecionar os casos a decidir⁸.

Impende gizar que ao lado do instituto dos assentos, eram previstos, nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, entre as fontes do direito, os *estilos da corte*, que consistiam na jurisprudência consolidada da Casa da Suplicação ou da Casa do Cível (Cortes hierarquicamente superiores do Reino de Portugal). Os estilos não eram escritos, derivando sua eficácia do emprego diuturno, e deveria determinado entendimento jurisprudencial para assim ser considerado atender a três pressupostos: estar em conformidade com a legislação; possuir ao menos dez anos de vigência; ter sido reproduzido em pelo menos duas decisões⁹.

Retomando a cronologia do Brasil República, a Reforma Constitucional de 1926 criou o recurso extraordinário, manejável quando houvesse existência de divergência de interpretação de lei federal por dois ou mais tribunais locais ou quando se tratasse de questões de direito criminal ou civil internacional. A instituição desse recurso inspirou-se no *writ of error* estadunidense, tendo por fito a uniformidade de interpretação do direito¹⁰.

O perfil deste recurso, em linhas gerais, permaneceu até 1988, a partir de quando, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, passou a caber a esta Corte a uniformização da interpretação da legislação federal, pelo julgamento dos recursos especiais (art. 104, III, CR), restringindo-se a interposição dos recursos extraordinários a questões constitucionais (art. 102, III, da CF)¹¹.

A Lei 319/1936 atribuiu ao plenário das Cortes de Apelação do território nacional a uniformização de questão jurídica controversa em seus órgãos fracionários, instituto esse denominado prejudgado¹².

O Código de Processo Civil de 1939 previu dois institutos relacionados aos precedentes judiciais: o recurso de revista e o prejudgado.

O primeiro, disciplinado nos arts. 853 a 861, destinava-se a uniformizar a jurisprudência de cada tribunal, tendo por pressuposto a existência de divergência entre os órgãos fracionários sobre a interpretação do direito, sendo julgado pelas câmaras cíveis reunidas.

8. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 163-165. O controle de constitucionalidade nos Estados Unidos apenas foi reconhecido em 1803, no julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Marbury v. Madison*, consoante já anotado (item 3.1.2, *supra*).

9. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 55-56.

10. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 234; MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 166.

11. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 59-60.

12. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 238.

O segundo, por sua vez, previsto no art. 861, consistia no pronunciamento prévio das câmaras reunidas sobre interpretação de norma jurídica, colimando igualmente a uniformização jurisprudencial, mas não se tratava de recurso, podendo ser suscitado por qualquer dos juízes integrantes de órgãos fracionários¹³.

Na seara trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho atribuía efeito vinculante aos julgados do Tribunal Superior do Trabalho em relação a todos os órgãos hierarquicamente inferiores dessa justiça especializada (art. 902). Sem embargo, essa previsão foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal não recepcionada pela Constituição de 1946¹⁴, sendo expressamente revogada posteriormente pela Lei 7.033/1982¹⁵.

A Lei 623/1949 introduziu no CPC/1939 os embargos de divergência (art. 833), cabíveis quando as decisões das turmas discrepassem entre si ou de decisão do Tribunal Pleno. Seu escopo era o mesmo do recurso de revista, mas apenas decisões do STF desafiavam esses embargos. Antes da entrada em vigor da referida lei, este recurso já era previsto no Regimento Interno do STF (art. 330)¹⁶.

Em 1963, consoante já estudado (*supra*, item 1.2.2), houve a regulamentação do procedimento de edição de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, havendo a aprovação, no ano seguinte, de 370 enunciados. Passou a prever o regimento interno dessa Corte a competência do relator para determinar o arquivamento de recurso extraordinário ou agravo de instrumento interpostos contra decisão calcada em súmula desse tribunal¹⁷.

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, trouxe em seu bojo o incidente de uniformização de jurisprudência (Capítulo I do Título IX – arts. 476 a 479), suscitado por integrante de órgão fracionário a fim de pacificar divergência na interpretação do direito. O julgamento, realizado pelo pleno do tribunal (ou respectivo órgão especial), era objeto de súmula, constituindo precedente na uniformização da jurisprudência¹⁸.

13. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 166.

14. STF, Pleno, Representação 946/DF, Rel. Min. Xavier Albuquerque, j. em 12.05.1977, DJ 01.07.1977. A despeito de a decisão ter assentado que a norma ventilada fora *revogada* pela Constituição de 1946, sabe-se que o termo adequado a descrever o fenômeno é *não recepção*. Acerca desse instituto, v. FRANCISCO, José Carlos. Teoria da inconstitucionalidade e recepção. In TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

15. TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 46, set. 2004; MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 62-63.

16. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 65-66.

17. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. Op. cit., p. 243; MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 168.

18. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 167.

A Lei 8.038/1990, a seu turno, autorizou o julgamento monocrático de recurso relacionado a matéria sumulada (art. 38).

A ampliação dos poderes do relator (agora de qualquer tribunal, e não mais apenas do STF e STJ), permitindo-lhe o julgamento monocrático com base em precedentes, foi insculpida no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 9.756/1998, com a alteração de seus arts. 120, parágrafo único, 544 e 557¹⁹. Essa mesma lei também excepcionou a cláusula de reserva de plenário quando já houvesse pronunciamento do plenário do STF ou do próprio tribunal sobre determinada arguição de constitucionalidade, que poderia então ser decidida pelo órgão fracionário (art. 481, parágrafo único)²⁰.

Ainda dentro deste movimento de valorização dos precedentes judiciais em reformas do Código de Processo Civil/1973, a Lei 10.352/2001 excluiu do reexame necessário as sentenças contra a Fazenda Pública fundadas em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula desse tribunal ou do tribunal superior competente (§ 3º do art. 475)²¹. A mesma lei inseriu no Código o incidente de assunção de competência (§ 1º do art. 555)²².

A Lei 11.232/2005 instituiu os embargos desconstitutos da coisa julgada inconstitucional à luz da jurisprudência do STF (arts. 475-L, II e § 1º; art. 741, parágrafo único)²³.

No ano de 2006 foi instituída pela Lei 11.277/2006 a denominada “súmula da vara” (art. 285-A), possibilitando a prolação de sentença de improcedência sem citação, desde que a matéria controvertida fosse unicamente de direito e já houvesse entendimento solidificado no juízo a respeito do tema²⁴.

O mesmo conjunto de leis aprovadas nesta reforma do CPC/1973 também suprimiu o recurso de apelação, prescrevendo seu não recebimento pelo juízo *a quo*, quando a sentença estivesse em conformidade com súmula do STJ ou STF (art. 518, § 1º, com a redação dada pela Lei 11.276/2006), instituto esse conhecido como “súmula impeditiva de recurso”²⁵.

19. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 169.

20. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Op. cit., p. 94-95.

21. MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 169-170.

22. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. Op. cit., p. 112.

23. A relação dos precedentes com a coisa julgada inconstitucional já foi abordada no item 1.8.1, *supra*.

24. MORETTI, Thaís Cruvinel. *A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 53-53.

25. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Op. cit., p.

A Lei 11.418/2006 regulamentou no CPC o pressuposto da repercussão geral para interposição do recurso extraordinário (introduzido na CR pela EC 45/2004, § 3º do art. 102), presumindo sua existência quando a decisão recorrida afrontasse súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (art. 543-A, § 3º), e determinando a extensão dos efeitos da decisão que negava repercussão geral a todos os recursos sobre matéria idêntica, com seu indeferimento liminar (§ 5º do mesmo dispositivo)²⁶.

Referida lei também regulamentou o recurso extraordinário repetitivo (art. 543-B); fazendo o mesmo com o recurso especial a Lei 11.672/2008 (art. 543-C)²⁷.

No plano constitucional, após a entrada em vigor do CPC/1973, a EC 7/1977 atribuiu ao STF a competência para julgar representação para interpretação de lei ou ato normativo estadual ou federal, prevendo seu Regimento Interno que este julgamento possuía efeito vinculante (art. 187), ficando consagrado o entendimento de que essa vinculação era *erga omnes*²⁸.

A EC 3/1993, por sua vez, introduziu a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CR), estabelecendo o efeito vinculante e *erga omnes* de sua decisão, caminho também seguido pelas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999, a primeira no concernente à ação direta de inconstitucionalidade (art. 28, parágrafo único) e a segunda à arguição de preceito fundamental (art. 10, § 3º). A extensão prevista pela Lei 9.868/1999 foi incorporada ao texto constitucional pela EC 45/2004 (art. 102, § 2º, da CF)²⁹.

A Emenda Constitucional 45/2004, que promoveu a Reforma do Poder Judiciário, instituiu a súmula vinculante (art. 103-A, da CR), cogente não apenas para o Poder Judiciário, mas também para a Administração Pública. Introduziu essa emenda, ainda, como já anotado, a repercussão geral como pressuposto do recurso extraordinário.

Este é, em breve síntese, o histórico dos institutos incorporados ao direito pátrio antes da entrada vigor do atual Código de Processo Civil que almejam a maior efetividade dos precedentes judiciais.

90-91.

26. MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 101.

27. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Op. cit., p. 97-99.

28. MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 70; MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 170-172.

29. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 338; MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Op. cit., p. 172-173.

4.2. O SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. TRANSPLANTE X TRADUÇÃO LEGAL

Um dos pilares do Código de Processo Civil/2015 é a busca por mais segurança jurídica, sendo a instituição do sistema de precedentes o instrumento utilizado para alcançar esta meta³⁰.

De acordo com sua exposição de motivos,

(...) haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

(...)

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito.

(...) talvez as alterações mais expressivas do sistema processual ligadas ao objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva

30. Roberto Rodrigues denomina essa estrutura normativa de “microsistema de formação de precedentes vinculantes” (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivo: eficácia, issue preclusion e as teses jurídicas prejudiciais*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 141).

da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário³¹.

Estuda-se mundialmente a incorporação, em um determinado ordenamento, de institutos oriundos de outro³². A despeito de haver se popularizado a este respeito a metáfora “transplante legal”³³, Maximo Langer advoga que ela não captura a totalidade do fenômeno. Realmente, em um transplante de órgãos (que inspirou o termo “transplante jurídico”), o corpo humano incorpora o novo órgão permanecendo essencialmente o mesmo. Já na transposição de institutos legais alienígenas ocorre necessária adaptação decorrente da diferença de múltiplos aspectos dos ordenamentos jurídicos, processo no qual há a transformação da feição original da ideia, ferramenta ou instituto, além do próprio ordenamento receptor. Dessarte, de acordo com a proposta de Langer, a metáfora “tradução legal” expressaria o fenômeno com mais precisão³⁴.

Na tradução para nosso ordenamento de sistema precedentista e seus diversos institutos, deve-se, pois, cuidar para que não haja mera cópia acrítica, sem se considerar as particularidades de nosso sistema. O mero transplante de ferramentas sem critério poderia redundar violação de princípios e regras de nosso sistema, ou mesmo inoperatividade diante da desconformidade do instituto importado com o ordenamento pátrio. De outro lado, deve-se também ter a cautela de, nessa tradução, não haver completa desfiguração do instituto importado, de molde a ser impossível manter seu *nomen juris* original³⁵.

31. BRASIL. Código de Processo Civil. Exposição de motivos. Brasília: Senado Federal, 2010. p. 27-29 (grifos constantes do original). Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

32. E tal fenômeno não é recente, não se cuidando de novidade trazida pela globalização. Aduz Hermes Zanetti Jr.: “No direito, podemos ressaltar com facilidade alguns exemplos notórios de recepções gerais, como: a recepção do direito romano na Europa, no começo da modernidade; a recepção do federalismo norte-americano; a recepção dos catálogos positivados de direitos fundamentais e humanos de 1776 (Declaração de Direitos de Virgínia – EUA), 1789 (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – França) e, posteriormente, com o acento constitucionalista decorrente da Segunda Guerra Mundial, de 1948 (Declaração Universal dos Direitos do Homem – ONU); e, particularmente importante, a recepção do direito civil e processual civil francês (1804 a 1806 – Códigos de Napoleão) (O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. *Op. cit.*, p. 50).

33. Outros termos comumente empregados para descrever o fenômeno são “recepção” ou “circulação jurídica” (MA-CÊDO, Lucas Buril de. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 693).

34. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge (Massachusetts), v. 45, n. 1, p. 29-35, 2004.

35. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 194-200.

4.2.1. O Anteprojeto de Lei do Código de Processo Civil

O Anteprojeto de Lei do Código de Processo Civil, embora não com essa denominação, tratou da teoria geral dos precedentes judiciais no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título I (Dos Processos nos Tribunais) do Livro IV (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais)³⁶.

Dispôs seu art. 847 que “os tribunais velarão pela uniformização e estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte”:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

O § 1º do mesmo dispositivo estabeleceu que “a mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas”. Já seu § 2º que “os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria”.

O art. 848 considerou julgamento de casos repetitivos o do incidente de resolução de demandas repetitivas e o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Observa-se, pois, que o Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil trouxe poucas disposições sobre a matéria, sequer mencionando o termo precedente, focando mais na jurisprudência e na elaboração de súmulas, a despeito de ser uma tentativa no avanço da consolidação da segurança jurídica e de uma cultura precedentalista³⁷.

36. BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 22 out. 2021.

37. MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código

4.2.2. Os Projetos aprovados pelo Senado Federal (PLS 166/2010) e pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)

O Projeto aprovado pelo Senado Federal (PLS 166/2010)³⁸, afora a mudança numérica de artigos (882 e 883), trouxe única alteração, introduzindo o condicionante *em princípio* antes do imperativo velarão, prescrevendo o art. 882 que “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”, ficando, assim, enfraquecido o caráter cogente da norma³⁹.

Já o texto aprovado pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010)⁴⁰ inseriu no projeto um capítulo reservado ao “precedente judicial” — Capítulo XV do Título I (Do Procedimento Comum), do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença). O deslocamento topográfico do tema, das disposições gerais dos processos nos tribunais, para o livro do processo de conhecimento, cujas normas gerais irradiam para os demais livros do Código, revela a maior importância dada aos precedentes, conclusão reforçada pelo próprio título do capítulo⁴¹.

Este capítulo possui três artigos (520 a 522). O *caput* do art. 520 trouxe o dever (sem qualquer condicionamento) dos tribunais não apenas de manter a uniformidade e estabilidade da jurisprudência (tal qual o texto original), mas também sua *integridade e coerência*.

Os parágrafos desse artigo previram a recomendação da edição de súmulas pelos tribunais, inovando ao vedar a edição de enunciado “que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§ 2º), procurando assim minimizar o mal uso que delas habitualmente se faz⁴².

O *caput* do art. 521 prescreveu que, para dar efetividade aos deveres insculpidos no artigo anterior, e bem assim aos “princípios da legalidade, da segurança jurídica, da

Processo Civil. de In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 469. Tiago Asfor Rocha Lima pontua que “o Projeto de NCPC ainda não completa o que se poderia chamar de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro (...). Na verdade, o que se tem de diferente no Projeto de NCPC é um reforço ainda maior à figura do precedente judicial (...)” (Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 281-282, abr./jun. 2011).

38. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-166-2010>>. Acesso em: 22 out. 2021.

39. Para Lucas Buriel de Macêdo “o termo incluído tinha valor condicionante, isto é, a uniformidade e estabilidade deveriam ser a regra, apenas não aplicáveis em situações excepcionais” (A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 470).

40. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 22 out. 2021.

41. MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 470.

42. MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 470-471.

duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia”:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional.

Os onze parágrafos desse dispositivo veiculavam normas de caráter diverso.

O § 2º disciplinou o dever de publicidade dos precedentes, notadamente pela internet (§ 2º).

Também se estatuiu, embora com outras palavras, que a parte vinculante dos precedentes é sua *ratio decidendi*, e não os *obiter dicta* (§§ 3º e 4º).

Os parágrafos seguintes trataram da *distinguishing* (§ 5º) e *overruling* (§§ 6º a 11), alinhavando o procedimento dessa última (§ 6º), além da possibilidade de ampla participação da sociedade em audiências públicas prévias (§ 8º), e condicionando-a à alteração legislativa, econômica, política ou social (§ 7º).

Adicionou-se como requisito da *overruling* a fundamentação adequada, em consideração aos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (§ 11), sendo também autorizada a modulação de seus efeitos (§ 10).

O art. 522, tal qual o Anteprojeto, considerou julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos extraordinário e especial repetitivos, acrescentando um parágrafo único a esclarecer a possibilidade de o julgamento de casos repetitivos ter por objeto tanto o direito material quanto processual.

Observa-se o aprimoramento, no PL 8.046/2010, da teoria geral dos precedentes, que pretendeu insculpir no Código este termo, regulamentando, ainda, diversos de seus aspectos, seja elegendo quais seriam os precedentes obrigatórios, sua parte vinculante, efeitos, além de ferramentas de aplicação e superação.

4.2.3. O Código sancionado (Lei 13.105/2015)

O Código sancionado (Lei 13.105/2015) resgatou o Anteprojeto e o texto aprovado pelo Senado no concernente à topografia da teoria geral dos precedentes, tratando-a no Capítulo I (Disposições Gerais), do Título I (Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais), do Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), nos arts. 926 a 928.

O Código ficou empobrecido ao retirar capítulo exclusivo, com este *nomen juris*, a tratar dos *precedentes judiciais*, e bem assim ao deslocá-lo do primeiro livro, alterando o texto aprovado pela Câmara⁴³. Compreende-se que a razão dessa opção reside na circunstância de serem os precedentes vinculantes derivados dos tribunais.

O art. 926 manteve as normas relativas aos deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência aprovadas no PL 8.046/2010, e do mesmo modo o alvitre de edição de súmulas, que devem “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§ 2º do art. 926).

O art. 926 é o dispositivo de maior relevância na teoria geral dos precedentes judiciais, institucionalizando deveres aptos a construção do *stare decisis* brasileiro, vale dizer, de precedentes judiciais obrigatórios⁴⁴.

Os deveres de *uniformidade* e *coerência* se ligam ao princípio da *isonomia*, já estudado, juntamente como o dever de *estabilidade*, no item 1.6.2, *supra*, ao qual nos reportamos para evitar repetição.

Vale frisar, de qualquer modo, que o dever de *uniformização* implica o de pacificação de divergências internas dos tribunais sobre determinada *quaestio juris*⁴⁵.

Coerência liga-se à ideia de vinculação horizontal dos precedentes judiciais, *i.e.*, um precedente vinculante é impositivo também a seu órgão emissor (consoante visto no item 1.5.1, *supra*), que não pode se furtar a decidir caso análogo da mesma maneira que anteriormente⁴⁶.

43. MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 472.

44. MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 476. Há, porém, quem entenda diferentemente. José Rogério Cruz e Tucci, por exemplo, reputa a regra “totalmente desnecessária e inócua” (O regime do precedente judicial no novo CPC. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 454).

45. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 384.

46. Estatuem os Enunciados 316 e 455 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), respectivamente: “a estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”; “uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou

O dever de *integridade*, por sua vez, possui inspiração em Dworkin, o que não significa, entretanto, tenha o legislador adotado em sua totalidade a doutrina desse jusfilósofo⁴⁷.

Descabe aprofundamento, nesta pesquisa, sobre este conceito, já apresentado no item 2.1, *supra*. De se ressaltar, como faz Lenio Streck, que “a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”⁴⁸.

A recomendação acerca da edição de súmulas, insculpida no § 1º do artigo em comento, vai ao encontro da cultura jurídica brasileira, que outorga relevância a esse instituto, o qual, porém, não se confunde com precedente, consoante já analisado (item 1.2.2, *supra*). Oxalá a explicitação da necessidade de, em sua criação (e aplicação), não se descurar dos precedentes que a embasaram (§ 2º), conscientize os operadores do direito de sua correta elaboração e manejo, corrigindo cultura atual de sua incidência mecânica, sem análise mais meticulosa, especialmente dos fatos objeto dos julgamentos que lhe deram suporte⁴⁹. Não se pode deixar de convir, todavia, estivesse arraigada no Brasil a cultura do *stare decisis*, a importância das súmulas seria bastante reduzida⁵⁰.

O art. 927, em redação que merece ser criticada, não apenas por ser mais simples que as versões anteriores, mas especialmente por extirpar o termo *precedente* e os princípios anteriormente explicitados (legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo, proteção da confiança e isonomia)⁵¹, elencou decisões que juízes e tribunais deverão observar (e não seguir como constava do texto aprovado pela Câmara):

seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

47. ZANETI JÚNIOR, Hermes; COPETTI NETO, Alfredo. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da mesma medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCormick na teoria dos precedentes judiciais normativos e formalmente vinculantes. In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 151-156. Neste sentido, explicam os autores, não seria correto afirmar haja o CPC adotado a doutrina de Dworkin da “única resposta correta” (a respeito da qual não cabe maiores considerações neste trabalho).

48. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no Novo Código de Processo Civil? In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162. Dispõe o Enunciado 456 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

49. FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 530. Dispõe o Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

50. MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 477.

51. MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 472.

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

Consoante já analisado no item 1.1, *supra*, ao qual nos reportamos para evitar repetição, entendemos que não é essencial ao conceito de precedente seu reconhecimento em retrospectiva, como acontece nos países do *common law*, em que um precedente vinculante é assim considerado apenas posteriormente à sua edição, nada impedindo, portanto, que sejam considerados precedentes aqueles definidos em lei, como fez o Código de Processo Civil^{52/53}.

Constata-se que, além da substituição do verbo “seguir” (presente do texto aprovado pela Câmara) por “observar”, houve a supressão do rol dos precedentes do STF em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do STJ em matéria infraconstitucional, e foi acrescentada a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiver o julgador vinculado (inc. V), optando assim o Código por restringir o rol de precedentes vinculantes das Cortes Superiores (evitando conflitos entre precedentes e dispersão jurisprudencial) e por dar maior valor aos precedentes oriundos do segundo grau de jurisdição, em respeito à realidade local, o que é digno de aplausos.

Ressalva-se, porém, que a expressão “orientação” é vaga e pouco técnica. Sugere-se alteração restritiva para “decisões que forjaram os enunciados de súmula do tribunal aos quais estiverem vinculados”, que melhor contribuiria para o desenvolvimento e estabilidade da teoria dos precedentes, já por tornar mais clara a identificação dos precedentes, já pelo quórum qualificado normalmente exigido para sua aprovação.

Outra ressalva que fazemos em relação a esta mudança promovida no texto aprovado é quanto à supressão dos precedentes em controle difuso de constitucionalidade, os quais, a nosso ver, consoante já estudado no item 1.8.1, se prolatados pelo pleno do

52. Essa é a razão pela qual o sistema de precedentes instituído pelo CPC é denominado por Júlio César Rossi de *precedente à brasileira*, que é inclusive o título de sua obra sobre o assunto (ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. *Op. cit.*, p. 154 e ss.). A denominação foi adotada também por NELSON e ROSA NERY (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. *Op. cit.*, p. 1959, nota n. 6).

53. Nas palavras de Hermes Zanetti Jr., “o reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, auxiliando nos processos culturais que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais” (*O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. *Op. cit.*, p. 352).

STF possuem efeito vinculante *erga omnes*, prevalecendo inclusive em relação à coisa julgada⁵⁴.

Frise-se que o termo “observar” é mais brando e adequado que o anterior, não traduzindo uma subjugação inafastável. Revela que jamais podem os precedentes ser ignorados. Sua observância e o cotejo com o caso concreto em julgamento podem levar à sua aplicação ou afastamento, se presentes as hipóteses autorizadoras da incidência dos institutos já estudados no capítulo 2⁵⁵.

Outra crítica endereçada ao dispositivo diz respeito ao tratamento idêntico conferido aos precedentes arrolados, sem se realizar a necessária distinção ontológica, especialmente quanto à sua força vinculante⁵⁶.

Discute-se a constitucionalidade dessa norma legal, entendendo parte da doutrina que por reservar a Constituição Federal o efeito vinculante apenas às súmulas vinculantes fixadas pelo Supremo Tribunal Federal, além dos julgados exarados no controle direto de constitucionalidade, esse efeito apenas poderia ser atribuído a outras decisões pela Carta Política⁵⁷.

Entendemos diferentemente, por se tratar de matéria que não possui natureza constitucional, mas de teoria geral do direito e de direito processual, de competência de legislação infraconstitucional, inexistindo óbice sejam ampliadas as hipóteses de decisões vinculantes por norma desta espécie⁵⁸. De fato, a edição dos precedentes vinculantes outorga maior eficácia a princípios constitucionais de mais alta relevância, vale dizer, igualdade, segurança jurídica, isonomia e proteção da confiança, estando longe de

54. Lucas Buril de Macêdo critica a atual redação do inc. V do art. 927, asseverando que sua interpretação “deve ser expandida para que se compreenda como devido o respeito também aos precedentes emanados do STF, por meio de seu pleno, em matéria constitucional, e do STJ, mediante a Corte Especial, quanto ao direito infraconstitucional federal. De fato, apenas assim ter-se-á um verdadeiro *stare decisis* brasileiro (...)”. Entende também o autor ser “imprescindível que se estabeleça também o respeito aos órgãos fracionários do STJ e do STF, também não mencionados no dispositivo, quando inexista algum precedente dos órgãos maiores” (A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 482). Como expusemos, a única alteração que sugerimos no texto aprovado é a inclusão dos precedentes do Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade.

55. LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 308-309.

56. TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Op. cit.*, p. 454. Faremos a devida distinção da força vinculante dos precedentes elencados no art. 927 ao tratar dos precedentes no processo penal (*infra*, item 4.5 e seguintes).

57. TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Op. cit.*, p. 454; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. *Op. cit.*, p. 1.963 e 1.968 (notas n. 5 e 21, respectivamente).

58. Na ensinança de Luís Roberto Barroso, as normas materialmente constitucionais podem ser: a) de organização, que são aquelas que estruturam o poder político estatal; b) definidoras de direitos, que disciplinam os direitos individuais, políticos, sociais e difusos; c) programáticas, que estabeleçam objetivos a serem atingidos futuramente (*Curso de direito constitucional contemporâneo*. *Op. cit.*, p. 200-203).

padecer de qualquer inconstitucionalidade⁵⁹. Lembre-se, para ilustrar, que não há regra constitucional nos EE.UU.AA. a prever a *stare decisis*, mas nesse país a sua validade não é discutida, justamente por decorrência da segurança jurídica⁶⁰.

Também mereceu atenção do Código a publicidade dos precedentes, que deve ser feita especialmente pela internet (§ 5º do art. 927), no que andou bem o legislador. Como visto no capítulo anterior (itens 3.1 e 3.1.2), na consolidação da cultura do *stare decisis* em países do *common law* foi passo fundamental a publicidade dos precedentes judiciais, notadamente pelos *law reports*. Não se pode seguir aquilo que não se conhece.

Na mesma direção, a Resolução 235/2016 do Conselho Nacional de Justiça⁶¹ criou banco nacional de dados de precedentes judiciais vinculantes, alimentado pelos tribunais, determinando também que as Cortes subordinadas ao CNJ criassem no âmbito de suas estruturas administrativas o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP), a buscar a padronização e melhor divulgação dos precedentes vinculantes.

E mesmo sendo atualmente publicados os precedentes judiciais nacionais em revistas especializadas, além da internet, nos referidos bancos de dados, não se olvidando dos imprescindíveis informativos de jurisprudência do STF e STJ, afigura-se praticamente impossível que um operador do direito conheça atualmente todos os precedentes judiciais vinculantes, mesmo de determinada área do direito, dado seu excessivo número, o que prejudica a solidificação do sistema precedentalista brasileiro.

Previu o Código, na *overruling*, a possibilidade de audiências públicas (§ 2º), estando também autorizada a modulação dos efeitos “no interesse social e no da segurança jurídica” (§ 3º). Outrossim, na superação exige-se fundamentação qualificada, considerando os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (§ 4º), de molde a cumprir o dever de estabilidade previsto no *caput* do art. 926.

Foram extirpadas as normas previstas no texto aprovado pela Câmara relativas à *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, além de pormenores da *overruling*. A despeito de nos países do *common law* não estar positivada qualquer regra a respeito da teoria geral dos precedentes, tratando-se de *rules of practice* (como estudado nos itens 3.1 e 3.1.2,

59. No mesmo sentido, a posição de MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. *Op. cit.*, p. 115-124; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. *Op. cit.*, p. 399-404. No item 1.6, *supra*, foram estudados os princípios constitucionais que inspiram os precedentes vinculantes e sua compatibilidade com a separação dos poderes, princípio da legalidade, e independência do juiz. Outrossim, como estudado no item 1.7, o precedente vinculante situa-se em nível hierárquico inferior ao da lei.

60. MACÊDO, Lucas Buril de. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). *Op. cit.*, p. 697-698.

61. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_235_13072016_08072019173654.pdf>. Acesso em: 29 out. 2021.

supra), a revelar a força de uma cultura jurídica, importante seria, na tentativa de instituição de um sistema precedentalista em nosso ordenamento, que outorga primazia à legislação, a posituação de desenho normativo mais robusto, como pretendeu o PL 8.046/2010, o que facilitaria sua difusão na comunidade jurídica e daria um norte às discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito⁶². A supressão dessas normas reflete receio do legislador na consolidação de sistema precedentalista no Brasil⁶³.

Sem embargo, é patente que o Código estatuiu que a *ratio decidendi* é a tese jurídica vinculante afirmada pelo julgado, como se extrai da leitura dos arts. 988, § 4º e 1.039⁶⁴.

Outrossim, o § 1º do art. 927 se reporta ao art. 489, § 1º, cujos incs. V e VI consideram não fundamentada a decisão judicial que:

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – 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 entendimento⁶⁵.

A exigência da devida fundamentação vem acompanhada do respeito ao contraditório e vedação da decisão não surpresa, referindo-se o § 1º do art. 927 do CPC ao seu art. 10⁶⁶.

A redação dos §§ 2º ao 4º, atinentes à *overruling*, deve ser aprimorada, referindo-se tão somente a precedente judicial, termo geral que abrangeria todos os precedentes vinculantes, em substituição à enumeração restritiva neles contida (enunciado de súmula,

62. Marcelo Veiga Franco, neste sentido, lamenta a retirada das referidas normas, reputando-as relevantes à consolidação da teoria geral dos precedentes (A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 532-533).

63. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 100.

64. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 34. Consoante exposto no item 1.4 (*supra*), a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é de há muito feita em nosso direito, comprovando-se essa ilação os verbetes das Súmulas 283, do STF, e 126, do STJ, que exigem impugnem os recursos extraordinário e especial todas as *rationes decidendi* do julgado combatido.

65. Na ensinança de Frederico Augusto Leopoldino Koehler, a aplicação de precedente vinculante desobriga o juiz a enfrentar a argumentação jurídica que o forjou, bastando demonstrar que o caso em julgamento se ajusta à sua *ratio decidendi*, o que, porém, não configura operação mecânica, mas sim ato hermenêutico (O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem discuti-la. In CARVALHO FILHO, Antonio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Orgs.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 359-362). Nesse sentido, o Enunciado 542 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O art. 489, § 1º, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”. Na mesma linha, o Enunciado 13 da ENFAM: “O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios”.

66. Consoante pontua Vinicius Silva Lemos, “com a transcendência da decisão judicial que forma o precedente, o contraditório ganha uma importância ainda maior, seja para a formação, para a aplicação ou para a alteração do precedente” (Os precedentes judiciais e seus princípios no Novo Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 153, p. 148, dez. 2015).

jurisprudência pacificada/dominante e tese adotada em julgamento de casos repetitivos). Possível, todavia, desde logo interpretar estes dispositivos extensivamente nesses moldes, porquanto francamente disseram menos do que pretenderam⁶⁷.

Analisados dispositivos (arts. 926, 927, 928 e 489, § 1º, V e VI) constituem o núcleo normativo do sistema precedentalista brasileiro⁶⁸.

O art. 928 não sofreu alterações em relação ao texto do PL 8.046/2010, reputando julgamento de casos repetitivos o incidente de resolução de demandas repetitivas, além dos recursos especial e extraordinário repetitivos, mantendo, também, a norma explicativa acerca do objeto dessas decisões, que podem se referir a questão de direito material ou processual, a qual se afigura totalmente dispensável, por ser questão meramente doutrinária.

Conquanto não seja a disciplina ideal, merece ser reconhecida a primeira tentativa de sistematização dos precedentes judiciais de molde a valorizá-los e dar maior eficácia aos princípios a esse sistema imanentes, precipuamente isonomia, duração razoável do processo, segurança jurídica e proteção da confiança legítima. De outro lado, perdeu-se a oportunidade de regulamentação mais profunda⁶⁹.

4.3. A APLICABILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES INSTITUÍDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015 AO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal brasileiro não disciplina sistema de precedentes. O processo penal tem sido pensado sob o ponto de vista individual, escapando às discussões referentes a litigiosidade de massa. Sem embargo, existem, nesta seara “áreas homogêneas em demandas heterogêneas”, assim compreendidas as questões de direito repetitivas, sejam de natureza material ou processual⁷⁰.

As normas do Código de Processo Civil que instituem o sistema de precedentes,

67. MACÊDO, Lucas Buriel de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. *Op. cit.*, p. 484-486.

68. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. *Op. cit.*, p. 373; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no Novo Código de Processo Civil de 2015. In DIAS, Luciano Souto (Coord.). *Temas controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 213.

69. Thomas da Rosa de Bustamante argumenta que a despeito de uma cultura jurídica não se modificar “por um golpe legislativo”, “talvez o CPC represente (...) um novo paradigma em formação. Um paradigma que tenta consolidar os aspectos processuais do Estado Democrático de Direito e da construção coparticipativa da legitimidade da jurisprudência e do direito judicial” (A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297).

70. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: 2018, p. 164.

antes de se restringir a esta área do direito, são de sobredireito, buscando dar concreção aos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança legítima, espalhando-se, pois, para todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito processual penal⁷¹.

Em nosso ordenamento há autorização legislativa para essa aplicação, permitindo o art. 3º do Código de Processo Penal a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito^{72/73}.

Como bem observa Hermes Zaneti Júnior, o Código de Processo Civil se afigura o núcleo do sistema processual brasileiro, em torno do qual gravitam as demais legislações processuais, aplicando-se o sistema de precedentes previsto nesse Código supletivamente (ou complementarmente) ao processo penal⁷⁴.

Diante deste quadro, pouco importa que o art. 15 do Código de Processo Civil/2015 não tenha se referido expressamente ao processo penal⁷⁵.

Reforça a conclusão de plena aplicabilidade do sistema de precedentes vinculantes ao processo penal a atual redação do art. 315 do Código de Processo Penal, dada pela Lei 13.964/2019, cujos incs. V e VI do § 2º dispõem (à semelhança dos incs. V e VI do § 1º do art. 489, do CPC) que não se considera fundamentada a decisão judicial que se

71. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Op. cit., p. 140; NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 634-354, jan./jun. 2016.

72. SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da. *A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro*. Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019, p. 242-245. Desnecessário, a nosso ver, para sustentar a tese de aplicabilidade do sistema de precedentes instituído pelo CPC ao processo penal, invocar, como faz o autor mencionado, a *teoria geral do processo*, cuja existência, como é cediço, é controversa, especialmente entre processualistas penais, descabendo nesta pesquisa tratar do assunto. Veja-se, a respeito: MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

73. Conforme lembra Rafael D'Errico Martins, "há diversos intercâmbios de regras (...) entre o processo penal e o processo civil. Tome-se como exemplo o art. 139 do Código de Processo Penal, que regula, através das regras do processo civil, o depósito e a administração de bens arrematados; o art. 362, que cuida da citação por hora certa do réu criminal valendo-se da forma estabelecida no processo civil; ou, ainda, o art. 790, que trata da utilização das regras do Código de Processo Civil para execução de sentença penal estrangeira para reparação de dano pelo interessado. Significativo exemplo dessa interação se dá, por fim, nos termos do art. 63 do Código de Processo Penal, que dispensa o processo de conhecimento, no juízo cível, para execução da reparação do dano pelo ofendido" (*Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Op. cit., p. 150).

74. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In DIDIER JR, Fredie et al. (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, p. 460-4623.

75. MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: breves considerações. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 65, p. 172-175, jul./set. 2017. Lembra o autor que o diálogo entre o processo penal e o processo civil ocorre pela previsão de diversas outras normas, citando como exemplos os arts. 139, 362 e 790 do Código de Processo Penal, que de modo expresse prescrevem a aplicabilidade do processo civil ao penal. Acrescenta que o Código de Processo Penal regulamenta a possibilidade de execução civil da sentença penal condenatória (arts. 63 a 68), alvitrando o art. 315 do CPC/2015 a suspensão do processo (quando o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso) até o julgamento da lide penal.

limitar “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc. V), tampouco 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” (inc. VI).

Consoante arremata Luiz Fux,

de maneira muito sensível, negar vigência à sistemática dos precedentes judiciais ao processo criminal é afrontar, antes de mais nada, a própria Constituição, que exige a isonomia na aplicação da legislação. Se a segurança jurídica é valor fundamental de nosso ordenamento, também a liberdade se reveste de tamanha importância, de sorte que a garantia da identidade de respostas jurisdicionais em processos criminais traduz a concretização do desejo constitucional⁷⁶.

A aplicação do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, porém, não é automática, devendo o intérprete velar para interpretá-las de modo harmônico com o sistema processual penal⁷⁷.

4.4. A ABREVIÇÃO DA VIA RECURSAL ORDINÁRIA COMO CRITÉRIO CLASSIFICATÓRIO DA FORÇA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Consoante já exposto (item 4.2.3, *supra*), os precedentes arrolados pelo art. 927 não possuem todos a mesma força vinculante, pecando o Código por não realizar diferenciação acurada.

Com efeito, a despeito de nos países do *common law* não haver qualquer regra escrita a compelir o julgador a curvar-se aos precedentes vinculantes, tampouco meio de impugnação diferenciado à decisão que o desrespeite, certo é que naquela família jurídica cuida-se de cultura arraigada cujo funcionamento prescinde de qualquer norma cogente ou recurso excepcional⁷⁸.

Já no Brasil, integrante do sistema do *civil law*, em que há o primado da lei escrita, geral e abstrata, inexistente cultura de respeito aos precedentes judiciais, os quais, ao

76. Aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal. In MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 1, não paginado. *E-book*.

77. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 141; MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: breves considerações. *Op. cit.*, p. 175-180. A análise dos precedentes vinculantes instituídos pelo CPC e aplicáveis ao processo penal será feita a seguir (item 4.5 e seguintes).

78. Conforme analisado alhures (especialmente no capítulo 3, item 3.1, *supra*).

contrário, são instáveis e imprevisíveis, gerando insegurança jurídica (item 1.6.2, *supra*)⁷⁹.

A mera eleição, pela lei, de determinados precedentes vinculantes seria insuficiente à sua obediência pelos órgãos do Poder Judiciário, como inclusive demonstra a prática forense nacional. Em outras palavras, sua mera enunciação, desacompanhada de qualquer mecanismo diferenciado de impugnação a decisão desconforme não alcançaria a almejada observância.

Daí porque, para consolidação da cultura precedentalista, no estágio em que se encontra o direito nacional, imprescindível equipar o ordenamento com meios de impugnação especiais às decisões que desrespeitem os precedentes judiciais vinculantes.

Esse é, conforme sustentamos, o correto *discrímen* a classificar os precedentes judiciais quanto à sua força vinculante. Como exposto no item 1.5.2, *supra*, classificamos os precedentes judiciais, quanto à sua eficácia, em *meramente persuasivos*, *quase vinculantes* e *vinculantes*⁸⁰.

Os meramente persuasivos não possuem qualquer força vinculativa, porquanto a decisão que o desobedeça é sujeita à via recursal ordinária.

Os vinculantes (ou normativos) permitem, em caso de não seguimento, rápida desconstituição da decisão respectiva, com o manejo da reclamação, opção esta adotada pelo Código de Processo Civil (art. 988).

Já para garantia da autoridade dos precedentes quase vinculantes, a despeito da decisão desarmônica, tão logo seja prolatada, não desafiar reclamação, é possível seja ela manejada após o esgotamento da via recursal ordinária (art. 988, § 5º, II, do CPC)⁸¹, estando prevista ainda alguma outra forma de encurtamento da via recursal comum, como, por exemplo, o julgamento monocrático pelo relator⁸².

Na doutrina há quem critique a ampliação, pelo Código de Processo Civil, do rol de decisões que desafiam o cabimento de reclamação, sustentando que o abreviamento da via recursal ordinária não é critério a aferir a força vinculante dos precedentes judiciais,

79. Thomas da Rosa de Bustamante pondera que o mais importante em uma cultura precedentalista é “a técnica cuidadosa de se tomar em conta todas as circunstâncias do caso, ouvir atentamente os argumentos por analogia e diferenciação, justificar sua decisão em argumentos de princípio e argumentos consequencialistas e assegurar a igualdade das partes e a integridade de suas decisões” (A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *Op. cit.*, p. 295).

80. No item referido já anotamos haver doutrina que apresenta classificação diversa dos precedentes judiciais.

81. No próximo item será analisado com mais profundidade o cabimento de reclamação em face de decisão que desrespeite tese fixada em recurso especial/extraordinário repetitivos.

82. O julgamento monocrático pelo relator será analisado com mais vagar ao se abordar os precedentes quase vinculantes (item 4.6, *infra*).

tal qual ocorre nos ordenamentos do *common law*⁸³. Lucas Buril de Macêdo acrescenta que o acesso *per saltum* ao tribunal que forjou o precedente vinculante redundaria em empobrecimento da sua construção paulatina, tornando o sistema processual autoritário e engessado⁸⁴. Há inclusive literatura jurídica a sustentar a inconstitucionalidade da disciplina da reclamação no CPC/2015, argumentando que a Constituição Federal faculta o ajuizamento de reclamação para garantia das decisões do STJ e STF, e não de seus precedentes⁸⁵.

Entendemos, em sentido diverso, ser primordial na consolidação do sistema precedentalista, como já assentado, a instituição de mecanismos diferenciados de garantia da autoridade dos precedentes vinculantes. Outrossim, além da interposição de reclamação não excluir o cabimento dos recursos ordinários, os órgãos judiciários de hierarquia inferior ao que fixou o precedente não teriam o poder de superá-lo, mas tão somente o juízo que o constituiu, com o qual a reclamação permite o necessário diálogo para, se o caso, haver a revogação do precedente anteriormente fixado, parcial ou totalmente, motivo pelo qual dissentimos das críticas de Lucas Buril de Macêdo⁸⁶. Por fim, inexistem empecilhos para que, ao lado da disciplina da reclamação constitucional, preveja o Código a reclamação ordinária, não padecendo o Código de Processo Civil neste aspecto de qualquer inconstitucionalidade⁸⁷.

Divergimos também da tese de Danyelle Galvão, para quem é necessário à formação legítima de um precedente vinculante no processo penal: a) que a decisão seja fundamentada; b) respeito à garantia do contraditório não apenas entre as partes, mas também entre terceiros interessados, individual ou coletivamente, facultando-se a participação da comunidade jurídica, por meio de *amici curiae* ou em audiências públicas; c) respeito ao princípio da publicidade⁸⁸.

83. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 124; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. *Op. cit.*, p. 164-165; MAZZILLI, Hugo Nigro. A força obrigatória dos precedentes. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio (Coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 108.

84. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 238, p. 430-432, dez. 2014.

85. MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, não paginado. *E-book*.

86. Na mesma esteira: MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 789-791. Os autores citam como exemplo de *overruling* feita em reclamação a Recl. 4.374 (STF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 18.04.2013, DJe 04.09.2013).

87. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas prelecionam que “(...) a nosso ver, não há inconstitucionalidade alguma na circunstância de o legislador ordinário exigir respeito, sob pena de reclamação, a precedentes produzidos em determinados contextos. A inconstitucionalidade existe, sim, na situação que há hoje: escancarado desrespeito à isonomia e frustração integral do direito à duração razoável do processo” (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 588).

88. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. *Op. cit.*, p. 125-138.

Ora, a publicidade (salvo casos de sigilo constitucionalmente válido) e motivação são requisitos constitucionais de validade de qualquer decisão judicial, *ex vi* do art. 93, IX, da Constituição Federal, não se mostrando critério idôneo a classificar os precedentes judiciais quanto a seus efeitos, conclusão também aplicável quanto ao contraditório entre as partes.

Sem sombra de dúvidas que se mostra salutar, na formação de precedente vinculante, o amplo debate com a comunidade jurídica a respeito das discussões técnicas que o envolvem, e esse diálogo é feito ordinariamente nos diversos processos que tratam da questão até a solidificação da interpretação em precedente vinculante.

A obrigatoriedade, para formação legítima de precedente vinculante em um determinado processo, da ampliação do contraditório, inclusive com a admissão de terceiros interessados que seriam por ele atingidos, bem assim facultando-se a participação da comunidade, em audiências públicas ou mediante a admissão de *amici curiae*, encontraria óbice no dogma constitucional da duração razoável do processo, notadamente se na causa em questão houver sido deferida alguma medida cautelar constritiva a direito fundamental do acusado.

Ademais, não é em todo feito de formação de precedente vinculante que se mostra necessária a designação de audiência pública, cabível notadamente nas hipóteses: a) em que pertinente a ouvida de especialistas acerca de questões técnicas de outras áreas que não a jurídica; b) a fim de que seja carreada ao processo informação que dele ainda não conste; c) para que haja a defesa de interesse jurídico ainda não representado⁸⁹.

Acresce que essa exigência haveria de ser positivada, e no atual sistema de precedentes do direito brasileiro, instituído pelo CPC/2015, inexistente essa imposição, mas apenas a faculdade de que, de acordo com o caso concreto, assim se proceda⁹⁰, o que permite a compatibilização da medida com outros dogmas constitucionais, máxime o da duração razoável do processo.

Finalmente, diversas decisões judiciais podem atender aos critérios expostos pela autora (lembre-se que o art. 138 do CPC faculta a admissão de *amicus curiae* em qualquer processo, e todas as decisões judiciais para serem válidas devem respeitar o contraditório e a publicidade, salvo casos de sigilo constitucionalmente admissível) e não se enquadrarem no rol do art. 927 do CPC, sendo, portanto, a tese referida insuficiente a definir precedente

89. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. *Op. cit.*, p. 218. Conclui o autor que “(...) pensar de outro modo inviabilizaria por completo a atuação não só do Supremo Tribunal Federal como de qualquer outro tribunal”.

90. Veja-se, por exemplo: art. 138, § 4º do art. 927, § 3º do art. 950, art. 983, art. 1.038, I e II, todos do CPC/2015. Antes de sua entrada em vigor, já previam a figura do *amicus curiae* outros diplomas — *e.g.* art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante), art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 e art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999.

vinculante no processo penal.

Insistimos, portanto, na defesa de nossa tese, de que a nota distintiva adequada (ou, na lógica aristotélica, a *diferença específica*⁹¹) a classificar os precedentes judiciais quanto aos efeitos é a abreviação da via recursal ordinária.

De acordo, pois, com o critério exposto, passa-se a analisar quais seriam os precedentes vinculantes, quase vinculantes, e meramente persuasivos no processo penal brasileiro.

4.5. PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

4.5.1. A reclamação como instrumento destinado a garantir a autoridade dos precedentes vinculantes

A reclamação surgiu em nosso ordenamento por volta da década de 1940, fruto de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, visando à garantia da autoridade de suas decisões, sendo positivada em 1957, com previsão no regimento interno dessa Corte. Possui inspiração na teoria dos direitos implícitos estadunidense (*implied powers* – surgida no caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela *Supreme Court* em 1819), sendo possível também apontar como institutos análogos a *supplicatio* do direito romano (apresentada diretamente ao imperador contra decisões irrecorríveis noticiando irregularidades processuais praticadas pelos magistrados), assim como o “agravo de ordenação não guardada” das Ordenações Filipinas, além do “agravo por dano irreparável” previsto no Regulamento 737, de 1850⁹².

Com a Constituição de 1988 adquiriu o *status* de ação constitucional⁹³, tendo sido a competência para seu julgamento ampliada, atribuída não apenas ao STF (art. 102, I, *l*), mas também ao STJ (art. 105, I, *f*). As hipóteses de ajuizamento são idênticas para ambos os tribunais, quais sejam, preservar a sua competência, além de garantir a autoridade de suas decisões. A EC 45/2004, que instituiu a súmula vinculante, previu desafiar reclamação a decisão judicial ou ato administrativo que a desrespeitar (art. 103-A, § 3º, da CR). A EC 92/2016 estendeu seu cabimento ao TST (para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões — art. 111-A, § 3º).

No nível infraconstitucional, houve suscinta regulamentação pela Lei 8.038/1990

91. ARISTÓTELES. *Categorias*. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Unesp, 2018, p. 111-123.

92. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. A ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 614-615; MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. *Op. cit.*, p. 778-779.

93. MACÊDO, Lucas Buril de. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Op. cit.*, p. 422.

(arts. 13 a 18).

O Código de Processo Civil/2015 ampliou suas hipóteses de ajuizamento, também disciplinando os contornos da denominada *reclamação ordinária* nos arts. 988 a 993 (revogando o regramento da Lei 8.098/1990, na forma de seu art. 1.072, IV)⁹⁴.

A despeito de objeto de intensos debates, não cabe aprofundar neste estudo as discussões acerca da natureza jurídica da reclamação⁹⁵. A sua regulamentação pelo Código de Processo Civil revela cuidar-se de ação. De fato, prevê em seu art. 989, III, a *citação* do beneficiário da decisão impugnada, facultando-lhe a apresentação de *contestação*. O art. 992 prevê a consequência de seu *juízo de procedência*. A terminologia empregada, pois, coaduna-se com a natureza de ação autônoma, e não mero recurso⁹⁶.

Disponha o art. 988 do CPC, em sua redação original, caber reclamação a qualquer tribunal para:

- I – preservar a competência do tribunal;
- II – garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III – garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos⁹⁷ ou em incidente

94. PANUTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015*. *Op. cit.*, p. 173-174. Com a revogação do regramento da Lei 8.038/1990, a disciplina aplicável à reclamação no processo penal é o do CPC/2015, *ex vi* do art. 3º do CPP (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. *Op. cit.*, p. 2.125; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Reclamação aos tribunais no processo penal. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé (Orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 162).

95. Min. Celso de Mello, nos autos da Recl 336, resumiu as posições doutrinárias a respeito, em feliz síntese que merece transcrição: “A reclamação, qualquer que seja a qualificação que se lhe de – Ação (Pontes de Miranda, “Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral Santos, RTJ 56/546-548; Alcides de Mendonça Lima, “O Poder Judiciário e a Nova Constituição”, p. 80, 1989, Aide), remédio incomum (Orozimbo Nonato, “*apud*” Cordeiro de Mello, “O processo no Supremo Tribunal Federal”, vol. 1/280), incidente processual (Moniz de Aragão, “A Correição Parcial”, p. 110, 1969), medida de Direito Processual Constitucional (José Frederico Marques, “Manual de Direito Processual Civil”, v. 3, 2. parte, p. 199, item 653, 9. ed., 1987, Saraiva) ou medida processual de caráter excepcional (Min. Djaci Falcão, RTJ 112/518-522) – configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação (RTJ 112/504), destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, I, “f”) e do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, “f”) (Rcl 336, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 19.12.1990, DJ 15.03.1991).

96. Rinaldo Mouzalas e João Otávio Albuquerque sustentam tratar-se de ação autônoma de impugnação, assim justificando seu posicionamento: “a reclamação provoca a atividade jurisdicional do Estado, levando a ação ao seu conhecimento. Além disso, possui partes (o reclamante, que deseja preservar a competência ou a autoridade da decisão da Corte, e o reclamado, que está a invadir a aludida competência ou a descumprir decisão do tribunal), pedido (decisão que assegure a competência do tribunal ou determine o cumprimento de seu julgado), e causa de pedir (a invasão da competência ou a desobediência da decisão da Corte), que constituem os três elementos identificadores da ação” (Reclamação constitucional. *Op. cit.*, p. 785-786). No mesmo sentido: MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas cortes superiores: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. *Op. cit.*, não paginado. *E-book*.

97. Lembre-se que o conceito de casos repetitivos (inc. VI do art. 988) é fornecido pelo art. 928 do Código, englobando o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial/extraordinário repetitivos.

de assunção de competência.

Observa-se que os incs. III e IV buscavam nitidamente garantir a autoridade dos precedentes fixados pelo art. 927, desafiando reclamação decisão em desarmonia com qualquer deles, com exceção dos arrolados nos seus incs. IV e V (enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, respectivamente).

Pelo Código de Processo Civil aprovado, sancionado e publicado, afiguravam-se, de acordo com a tese ora defendida (de que a autoridade dos precedentes vinculantes é garantia pela reclamação), precedentes vinculantes os disciplinados nos incs. I a III de seu art. 927, a saber:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

Ocorre que mesmo antes de sua entrada em vigor (em 18.03.2016)⁹⁸, temendo o assoberbamento e dificuldade de funcionamento das Cortes Superiores, foi reformado o Código pela Lei 13.256/2016⁹⁹, que entre outras disposições alterou o art. 988, cujos incs. III e IV passaram a ter nova redação, sendo cabível reclamação para:

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Pela redação atual do Código, portanto, passou a não mais ser cabível o ajuizamento de reclamação tão logo seja prolatada decisão em desconformidade com precedente fixado em recurso extraordinário e especial repetitivos.

98. A despeito da discussão que se travou a respeito, essa data foi definida pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em sessão administrativa realizada em 02.03.2016.

99. Na justificativa do PLC 2.468/2015 fora assinalado: "O cabimento de reclamações e agravos aos tribunais superiores das decisões das Cortes de origem e demais juízos que apliquem os precedentes originados dos julgamentos com repercussão geral (STF) ou em recursos repetitivos (STJ) (arts. 988, IV, e 1.042, I, II e III), inviabilizará, em pouco tempo, o funcionamento destas Cortes superiores, configurando um retrocesso sem precedentes no processo de racionalização do trabalho de todo o Poder Judiciário, inaugurada com a sistemática de julgamento por precedentes, viabilizada pela reforma do Poder Judiciário, em 2004 e com a consequente implantação da repercussão geral nos recursos extraordinários, seguida do regime de julgamento de recursos repetitivos no STJ". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366100&filename=Tramitacao-PL+2468/2015>. Acesso em: 29 nov. 2021.

Essa alteração legislativa merece ser criticada, na medida em que mitigou sobremaneira a força vinculante dos precedentes supracitados¹⁰⁰, acarretando, outrossim, quebra do paradigma trazido pelo art. 928 do CPC, porquanto tratou de forma diversa o julgamento dos casos repetitivos¹⁰¹.

Conquanto não esteja incluída no rol do art. 988, a reclamação contra decisão em contraste com precedente fixado em recurso especial/extraordinário repetitivos foi disciplinada pelo § 5º do mesmo dispositivo legal, com a redação dada pela mesma lei:

§ 5º É inadmissível a reclamação:

(...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Malgrado a má técnica legislativa, e considerando que na lei não há palavras inúteis (anotando-se que o texto de lei aprovado é diverso do originalmente proposto)¹⁰², entendemos desafiar, nos termos da disciplina do Código, decisão que desatenda a precedente fixado em recurso especial/extraordinário repetitivos o ajuizamento de reclamação, mas apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, na mesma oportunidade em que podem ser interpostos os recursos excepcionais, não encurtando, portanto, a via recursal ordinária, e pouco repercutindo na via recursal extraordinária, porquanto é possível o julgamento monocrático de recursos especial e extraordinário que desrespeitem precedentes fixados em recursos repetitivos (art. 932, V, 'b', do CPC)^{103/104}.

100. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “é inevitável observar-se a perda de força dissuasiva que ocorre com relação à perspectiva do cabimento da reclamação tardiamente” (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores. Op. cit.*, p. 590, grifos constantes do original).

101. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.498).

102. Pela proposta original, ficaria assim redigido o inc. II do § 5º do art. 988 do CPC: “(...) § 5º É inadmissível a reclamação: (...) II – proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva”.

103. Não deixa de ser correta, porém, a ponderação feita por Rinaldo Mouzalas e João Otávio Albuquerque no sentido de que a reclamação tem menos chance de ser rejeitada pelo não preenchimento de requisito de admissibilidade, uma vez que, ao contrário dos recursos excepcionais, não se sujeita ao prequestionamento, tampouco exige, como para o recurso extraordinário, existência de repercussão geral (Reclamação constitucional. *Op. cit.*, p. 788). Sublinhe-se que a EC 125/2022 instituiu também para o recurso especial filtro análogo, qual seja, requisito da *relevância das questões de direito federal infraconstitucional*.

104. De lembrar-se que, ante a revogação, pelo art. 1.072, IV, do CPC/2015, da disciplina do RE e REsp inserta na Lei 8.038/1990, as normas do CPC acerca desses recursos são aplicáveis ao processo penal, *ex vi* do art. 3º do CPP (KNIJNIK, Danilo; PINTAÚDE, Gabriel. Notas sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais e sua aplicabilidade ao processo penal. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 13, p. 522-524).

Em outras palavras, de acordo com a tese ora defendida, esta alteração legislativa transmudou os precedentes fixados em recursos extraordinários e especial repetitivos de *vinculantes* para *quase vinculantes*.

Ocorre que recentemente a Corte Especial do STJ, ao julgar a Reclamação 36.476, decidiu que pela mudança legislativa em comento passou a ser inadmissível o ajuizamento de reclamação em face de decisão em desarmonia com precedente fixado em recurso especial repetitivo¹⁰⁵.

Não comungamos, como já anotado, do entendimento da r. decisão, já alvo de crítica por balizada doutrina¹⁰⁶, e seu teor bem reforça a já apontada mudança da eficácia dos precedentes estatuídos pelos recursos especial/extraordinário repetitivos, que não podem

105. Eis a ementa do julgado: “RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL AO QUAL O TRIBUNAL DE ORIGEM NEGOU SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NA CONFORMIDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP 1.301.989/RS – TEMA 658). INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL LOCAL. DESPROVIMENTO. RECLAMAÇÃO QUE SUSTENTA A INDEVIDA APLICAÇÃO DA TESE, POR SE TRATAR DE HIPÓTESE FÁTICA DISTINTA. DESCABIMENTO. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Cuida-se de reclamação ajuizada contra acórdão do TJ/SP que, em sede de agravo interno, manteve a decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto pelos reclamantes, em razão da conformidade do acórdão recorrido com o entendimento firmado pelo STJ no REsp 1.301.989/RS, julgado sob o regime dos recursos especiais repetitivos (Tema 658). 2. Em sua redação original, o art. 988, IV, do CPC/2015 previa o cabimento de reclamação para garantir a observância de precedente proferido em julgamento de “casos repetitivos”, os quais, conforme o disposto no art. 928 do Código, abrangem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os recursos especial e extraordinário repetitivos. 3. Todavia, ainda no período de *vacatio legis* do CPC/15, o art. 988, IV, foi modificado pela Lei 13.256/2016: a anterior previsão de reclamação para garantir a observância de precedente oriundo de “casos repetitivos” foi excluída, passando a constar, nas hipóteses de cabimento, apenas o precedente oriundo de IRDR, que é espécie daquele. 4. Houve, portanto, a supressão do cabimento da reclamação para a observância de acórdão proferido em recursos especial e extraordinário repetitivos, em que pese a mesma Lei 13.256/2016, paradoxalmente, tenha acrescentado um pressuposto de admissibilidade – consistente no esgotamento das instâncias ordinárias – à hipótese que acabara de excluir. 5. Sob um aspecto topológico, à luz do disposto no art. 11 da LC 95/98, não há coerência e lógica em se afirmar que o parágrafo 5º, II, do art. 988 do CPC, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação. Estas hipóteses foram elencadas pelos incisos do *caput*, sendo que, por outro lado, o parágrafo se inicia, ele próprio, anunciando que trataria de situações de inadmissibilidade da reclamação. 6. De outro turno, a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição. 7. Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios. 8. Nesse regime, o STJ se desincumbe de seu *múnus* constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto. 9. Em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC/15. 10. Petição inicial da reclamação indeferida, com a extinção do processo sem resolução do mérito” (Rcl 36.476/SP, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. em 05.02.2020, DJe 06.03.2020).

106. Bem definiram o alcance dessa decisão Patrícia Perrone Campos Mello e Clara Lacerda Accioly: “A rejeição ao instrumento [reclamação], por parte do STJ, produz um ponto cego no sistema pensado pelo CPC/2015. Afinal, se os precedentes são de observância obrigatória, a inobservância tem de ter alguma consequência. Caso contrário e, de novo, perante a falta de tradição e a resistência cultural ao precedente vinculante, seu destino tende a ser o descumprimento. Basta considerar como as coisas funcionavam antes do CPC/2015, quando a inobservância das teses firmadas em repercussão geral e em recurso repetitivo era obrigatória, mas não cabia reclamação. Alguns precedentes eram, então, manifestamente descumpridos. Nessas condições, a decisão do STJ põe em risco a integridade do novo sistema” (Levando o sistema de precedentes a sério: a Reclamação no STJ e o longo caminho a percorrer. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*).

mais ser reputados vinculantes na acepção ora adotada, mas sim quase vinculantes.

O entendimento consolidado na Reclamação 36.476 tem por consequência, de um lado, a carência de controle, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da força vinculante de seus precedentes, especialmente porque a decisão que inadmitir recurso especial julgando estar o acórdão em conformidade com entendimento fixado em recurso especial repetitivo desafia apenas o agravo interno (art. 1.030, § 2º e art. 1.042, *caput*, ambos do CPC)¹⁰⁷. A tese esposada no aresto, portanto, está em claro confronto com o perfil constitucional do STJ, de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional (art. 105, III, 'c', da CR), bem assim com os deveres insculpidos no art. 926, *caput*, do CPC¹⁰⁸. Corre-se o risco de precedentes fixados pelo STJ tornarem-se palavras ao vento.

De outro lado, a tese fixada pode redundar em engessamento dos precedentes forjados pelo STJ, porquanto, uma vez estabelecidos, limitada será a gama de recursos que deles tratem que chegará àquela Corte, dificultando a revisão do tema^{109/110}.

Insta consignar, ainda, não ser este o entendimento do STF, que tem decidido ser admissível o ajuizamento de reclamação contra decisão que não siga tese estabelecida em recurso extraordinário repetitivo, condicionando sua admissibilidade ao esgotamento da via

107. FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Comentários sobre a Rcl 36.476/SP: a reclamação como instrumento para garantir a observância dos precedentes vinculantes firmados pelo STF e pelo STJ. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*. Assim se expressam os autores: "(...) ao abrir mão de apreciar as reclamações ajuizadas com base no inciso II do art. 5º do art. 988 do CPC, mesmo após o esgotamento das instâncias ordinárias – que já funciona como uma espécie de anteparo ou de filtro para se chegar à Corte Superior –, o STJ perde o controle da verificação da aderência do julgamento do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal ao precedente vinculante por ele próprio firmado" (grifo constante do original).

108. PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*: universalidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156-161; CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes oriundos do julgamento dos recursos repetitivos segundo a interpretação do STJ. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*.

109. Nessa direção ponderam Patrícia Perrone Campos Mello e Clara Lacerda Accioly: "Por fim, o diálogo entre cortes vinculantes e vinculadas também é imprescindível. A afirmação, constante do voto vencedor [da Rcl 36476], no sentido de que o STJ cumpre a sua missão constitucional ao se manifestar sobre a questão objeto de recurso repetitivo, por uma única vez, não procede em absoluto. Como já demonstrado, todo precedente pode demandar aperfeiçoamento. Em alguns casos, um entendimento só estará depurado depois de diversas "rodadas" de interação entre corte vinculante e cortes vinculadas (por meio de associações, distinções e superações). O debate sobre o acerto de associações e distinções se faz, no sistema do CPC/2015, por meio de reclamações" (Levando o sistema de precedentes a sério: a Reclamação no STJ e o longo caminho a percorrer. *Op. cit.*, não paginado. *E-book*).

110. Relevante anotar que Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal preenche lacuna do CPC ao estatuir, no tocante ao agravo em recurso especial/extraordinário, que "quando o agravante demonstrar a existência de motivos para a superação do entendimento de súmula ou acórdão em repercussão geral ou repetitivo, deve o agravo ser admitido e encaminhado ao tribunal superior competente" (art. 587, parágrafo único).

recursal ordinária¹¹¹, havendo autorizada doutrina no mesmo sentido¹¹².

Finalmente, não se desconhece que a consolidação de um sistema precedentalista depende de nova cultura jurídica, cuja instituição requer variados instrumentos, começando pela formação jurídica diferenciada dos operadores do direito. Não menos correto, porém, que em um sistema instável como o nosso o estabelecimento de nova cultura também passa pela implementação de mecanismos de coerção, entre os quais a reclamação parece ser fundamental, afigurando-se o correto *discrímen* a classificar os precedentes vinculantes em nosso ordenamento¹¹³.

Diante da tese ora defendida, são atualmente precedentes vinculantes em nosso direito processual penal os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Este rol, em nosso entendimento, é taxativo, pois apenas desafia reclamação, tão logo seja prolatada, decisão em desconformidade com esses precedentes¹¹⁴.

111. Nessa direção: "(...) O esgotamento das instâncias ordinárias, nos termos do art. 988, § 5º, II, do CPC, é requisito de admissibilidade da reclamação que indique como paradigma um acórdão proferido no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (...)" (Rcl 31800 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 22.03.2019, DJe 28.03.2019). Posteriormente, passou-se a outorgar interpretação mais restritiva ao dispositivo em comento, exigindo-se teratologia da decisão impugnada. Veja-se: "(...) A norma contida no artigo 988, § 5º, inciso II, do Código de Processo Civil merece interpretação restritiva quanto ao cabimento da reclamação para hipóteses em que se discute aplicação de tese em repercussão geral reconhecida, tendo a jurisprudência desta Corte fixado os seguintes critérios para o cabimento da reclamação nesses casos: (i) o prévio esgotamento dos meios recursais; e (ii) a demonstração da teratologia da decisão reclamada (...)" (Rcl 39305 AgR, Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 03.04.2020, DJe-097 22.04.2020, Public 23.04.2020).

112. Consoante pondera Carlos Eduardo Xavier Rangel, "(...) a Lei 13.256/2016 adotou, no ponto, uma solução intermediária. Por uma questão de política judiciária, vedou o acesso *per saltum* ao STF e STJ, impossibilitando que fosse ajuizada reclamação contra decisão de primeiro grau que contrariasse seus precedentes. No entanto, a fim de deixar claro que estes mesmos precedentes são obrigatórios, previu a reclamação, apenas que de forma subsidiária" (*Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, não paginado. *E-book*). No mesmo sentido: FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Comentários sobre a Rcl 36.476-SP: a reclamação como instrumento para garantir a observância dos precedentes vinculantes firmados pelo STF e pelo STJ. *Op. cit.*, não paginado. *E-book*. De se destacar que o Ministro Og Fernandes, coautor do referido artigo, no julgamento da reclamação em debate, votou vencido, trazendo inclusive estatística a demonstrar que nos últimos anos não houve aumento expressivo de reclamações ajuizadas perante os tribunais superiores, e inclusive decréscimo no STJ, gráfico esse reproduzido no aludido estudo. Neste, concluem os autores que "o pior cenário que pode acontecer em virtude do julgamento da Rcl 36.476-SP – e que se espera não se concretize – é a erosão dos precedentes vinculantes firmados pelo STJ em sede de recursos especiais afetados como repetitivos, em virtude da sua não aplicação (ou interpretação inadequada) pelos juízes e tribunais locais".

113. ACCIOLY, Clara Lacerda. Levando o sistema de precedentes a sério: a Reclamação no STJ e o longo caminho a percorrer. *Op. cit.*, não paginado. *E-book*. Thiago Simões Pessoa, nesse sentido, defende ser e a reclamação *instrumento de unidade* no direito brasileiro (A reclamação como instrumento de unidade do direito brasileiro. *Op. cit.*, p. 587-593).

114. Discordamos, portanto, de Carlos Eduardo Rangel Xavier, para quem "(...) a disciplina encontrada no novo Código às hipóteses de cabimento da reclamação é meramente enunciativa, não constituindo, o art. 988, *caput*, e § 5º, II, um rol taxativo. A jurisprudência deve ficar aberta à possibilidade de delimitação dos contornos dos precedentes cuja autoridade pode ser afirmada por meio de reclamação, uma vez que o novo Código enuncia a decisão – política, ou, mais precisamente, de política judiciária – que suplanta o entendimento restritivo que o STF historicamente construiu em torno da reclamação" (*Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o Novo

Não se trata, na realidade, de discutir a taxatividade do rol do art. 927 do CPC, como faz parcela da doutrina¹¹⁵, mas sim em se perquirir quais são os precedentes cuja autoridade é garantida rapidamente pelo ajuizamento de reclamação. Não há obstáculo, contudo, seja futuramente esse rol ampliado pelo legislador, ou ainda que a lei institua instrumento da mesma envergadura e importância que, para garantia da autoridade do precedente, redunde substancial abreviamento da via recursal ordinária, de molde a se poder reputar determinado precedente vinculante. Por ora, o único instrumento desse quilate em nosso sistema processual é a reclamação.

4.5.2. As decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

À primeira vista, pode parecer inócua, ou então realizada apenas para demonstrar a taxatividade do rol, a inclusão no art. 927 do CPC das “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (inc. I), na medida em que, como é cediço, fazem coisa julgada e possuem vinculante *erga omnes*, inclusive em face da administração pública, *ex vi* do art. 102, § 2º, da CF, e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

Todavia, é possível identificar utilidade nessa inserção, qual seja, elucidar que as *rationes decidendi* desses precedentes são vinculantes, independentemente do efeito vinculante *erga omnes* do dispositivo do respectivo julgado¹¹⁶.

Consoante já analisado no item 1.5.2.1, a fim de harmonizar a doutrina dos precedentes judiciais com o direito processual pátrio, defendendo-se que a *ratio decidendi* de decisão em controle de constitucionalidade é vinculante, esteja ou não em seu dispositivo, forjou-se a *teoria dos motivos determinantes*.

A fim de não sermos repetitivos, no item referido foi exposto que essa teoria, antes da entrada em vigor do CPC/2015, fora abandonada pelo Supremo Tribunal Federal. Ocorre que o CPC/2015 inovou sobre essa questão, não apenas pela redação do inc. I no art. 927 do CPC, mas especialmente porque facultou o ajuizamento de reclamação para os casos de desobediência à *tese jurídica* fixada em controle concentrado de constitucionalidade

Código de Processo Civil. *Op. cit.*, não paginado. *E-book*).

115. Ravi PEIXOTO advoga ser o rol do art. 927 *numerus apertus*, fornecendo como exemplo de outros precedentes obrigatórios os acórdãos decorrentes das turmas e seções dos tribunais superiores (*Superação do precedente e segurança jurídica. Op. cit.*, p. 163-170). Na mesma senda, para MARINONI o rol do art. 927, além de desnecessário, é meramente exemplificativo, pois “para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados por juízes e tribunais, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional” (*Precedentes obrigatórios. Op. cit.*, p. 288). Não comungamos desse entendimento, como explicado neste item do trabalho.

116. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado. Op. cit.*, p. 1.493-1.494.

(§ 4º do art. 988 do CPC), mudança legislativa a clamar a alteração do entendimento da Suprema Corte¹¹⁷.

A decisão em controle de constitucionalidade possui, logo, a partir da vigência do CPC/2015, duas ordens de eficácia distintas: a) *erga omnes* de seu dispositivo; b) vinculante de sua *ratio* (ou *rationes decidendi*)¹¹⁸, ressaltando a última a função nomofilática da Suprema Corte¹¹⁹.

Diuturnamente é realizado o controle concentrado de constitucionalidade pelo STF em matéria penal, podendo serem citados, para ilustrar, os recentes julgamentos da ADI 4.398, em que declarada a constitucionalidade do art. 265 do CPP¹²⁰, e ADI 3.684, em que reafirmada a inexistência de competência da Justiça Laboral para julgamento de ações penais, conferindo interpretação conforme à Constituição ao seu art. 114, incs. I, IV e IX, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004¹²¹.

Consoante já anotado no item 4.2.3, lamenta-se a exclusão, do rol do art. 927 do CPC, das decisões prolatadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade (conforme constava do texto do PL 8.046/2010, aprovado pela Câmara dos Deputados – item 4.2.2), as quais, a despeito de não constarem expressamente do elenco ventilado, pela interpretação sistemática do nosso ordenamento possuem efeito vinculante *erga omnes*, conforme estudado no item 1.8., ao qual nos reportamos¹²².

117. Essa mudança, porém, ainda precisa ser implementada, julgando diuturnamente o STF descaber reclamação para garantia dos precedentes forjados em controle de constitucionalidade, em franca afronta ao sistema precedentalista desenhado pelo CPC/2015: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA VIA RECLAMATÓRIA. (...) PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ADCS 43/DF, 44/DF E 54/DF). RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O pedido formulado não se enquadra em nenhuma das hipóteses de cabimento de reclamação previstas no art. 102, I, I, da Constituição Federal, seja para preservar a competência desta Corte, seja para garantir a autoridade de suas decisões e súmulas vinculantes (...) VI – Agravo regimental a que se nega provimento” (Rcl 26360 AgR, Rel. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 06.12.2019, DJe-028 11.02.2020, Public 12.02.2020).

118. CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Op. cit., p. 193.

119. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 141.

120. ADI 4398, Rel^a. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 05.08.2020, DJe-238 28.09.2020, Public 29.09.2020.

121. ADI 3684, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 11.05.2020, DJe-135 29.05.2020, Public 01.06.2020.

122. Lembre-se que em matéria penal já realizou o STF controle difuso de constitucionalidade, valendo mencionar HC 97256, em que julgada inconstitucional o art. 44 da Lei de Tóxicos (Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 01.09.2010, DJe-247 15.12.2010, Public 16.12.2010, Ement v. 2452-01, p. 113, RTJ, v. 220-01, p. 402; RT, v. 100, n. 909, p. 279-333, 2011) e o HC 82859-7, em que declarada inconstitucional a progressão de regime então estabelecida pela lei dos crimes hediondos (Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22.02.2006, DJ 04.09.2006), casos já referidos no item 1.8.

4.5.3. Os enunciados de súmula vinculante

Consoante já estudado (item 1.2.2, *supra*), a súmula foi criada no direito brasileiro, na década de 1960 do século passado, como método de trabalho concebido pelo então Ministro Victor Nunes Leal, destinado a documentar a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal, outrora transmitida oralmente pelos membros mais antigos aos mais novos¹²³.

Não se confunde súmula com precedente, porquanto não se trata de decisão judicial, mas mero extrato sintético do posicionamento do tribunal acerca de específica questão jurídica.

Em sua gênese, possuía a súmula mero caráter persuasivo, sendo positivada, pela EC 45/2004, a súmula *vinculante* (art. 103-A, da CF), de caráter cogente não apenas para o Poder Judiciário, mas também para a administração pública.

A correta criação e aplicação de uma súmula, seja meramente persuasiva ou vinculante, exige o estudo acurado dos julgados que lhe outorgam sustentáculo, porquanto, como reiteradamente exposto neste trabalho, imprescindível a consideração dos fatos envolvidos na criação de um precedente em seu posterior manejo.

Conquanto o Código de Processo Civil incluía as súmulas vinculantes no rol do art. 927 (inc. II), foi impreciso, dizendo menos do que almejava, devendo ser invocadas, na correta interpretação desta norma, as decisões judiciais que forjaram as respectivas súmulas. Em outras palavras, o efeito vinculante deriva das *rationes decidendi* dos julgados que deram origem aos verbetes sumulares¹²⁴.

Com efeito, a outra conclusão não se pode chegar a partir da interpretação sistemática do próprio Código, o qual prescreve, no § 2º do art. 926, que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

A instituição da súmula vinculante foi precedida de calorosos debates doutrinários, acoimando-a parte da doutrina de inconstitucional, seja por afronta à separação dos poderes, seja por violar a independência funcional do juiz, temendo-se ainda acarretasse rigidez excessiva do direito¹²⁵.

123. LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula no STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 14, jul./set. 1981.

124. HADDAD, Emmanuel Gustavo. *Precedentes judiciais: sistematização e aplicação*. *Op. cit.*, p. 137-138.

125. Nesse sentido: CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Súmula vinculante em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 17, n. 81, p. 147-151, nov./dez. 2009; D'URSO, Luiz Flávio Borges. Súmula vinculante é retrocesso. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 491, p. 21, out. 2004; SOUZA, Valmecir José de. A súmula vinculante diante do princípio do livre convencimento do juiz. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, a. 35, n. 117, p. 197-236, abr./jun. 2009.

De se destacar que esses mesmos vícios foram denunciados por parcela da doutrina quando da criação da súmula com mero caráter persuasivo, os quais não encontraram eco em parcela substancial da doutrina, tampouco nos tribunais, que paulatinamente ampliaram a criação de enunciados sumulares até tornarem-se de corrente uso na práxis forense¹²⁶.

Idênticas críticas são tecidas no concernente aos precedentes vinculantes em geral, e já foram debatidas e debeladas neste trabalho no item 1.6.3, ao qual nos reportamos, evitando reiteração.

Crítica específica que se faz às súmulas (persuasivas ou vinculantes) é de que sua adoção contrasta com a cultura do *stare decisis*, que outorga efeito vinculante às decisões judiciais, sendo desnecessária a compilação resumida de seus extratos, que na prática acaba gerando interpretação e incidência inadequadas¹²⁷.

A despeito de concordarmos com a afirmação de que não raro se faz mau uso das súmulas, o Código de Processo Civil procurou corrigir essa cultura, chamando a atenção para a necessidade de consideração, em sua criação (e, por consequência, aplicação), dos fatos objeto dos precedentes que as embasam (§ 2º do art. 926).

Ademais, é forçoso reconhecer que, desde sua instituição, as súmulas contribuíram para melhor divulgação e conhecimento dos operadores do direito da jurisprudência uniforme dos diversos tribunais nacionais, e por consequência para sua reprodução e mitigação do fenômeno da jurisprudência lotérica¹²⁸.

Concorda-se, conforme inclusive já pontuado (item 4.2.3, *supra*), que se estivesse arraigada em nosso ordenamento uma cultura precedentalista, as súmulas teriam reduzida importância, mas essa cultura ainda é incipiente. A extirpação das súmulas, na atual fase

126. Ao rechaçar estas críticas, defendeu Min. Victor Nunes Leal que a súmula "(...) realizou o ideal do meio-termo (...)", permanecendo, no tocante à estabilidade da jurisprudência, "(...) entre a dureza implacável dos antigos *assentos* da Casa de Suplicação, 'para inteligência geral e perpétua da lei' e a virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a *Súmula* regula o procedimento pelo qual pode ser modificada (...). Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e juízes. Deverão eles procurar argumentos novos, ou aspectos inexplorados nos velhos argumentos, ou realçar as modificações operadas na própria realidade social e econômica. Com essa precaução, a *Súmula* substitui a *loteria judiciária* das maiorias ocasionais pela perseverança esclarecida dos autênticos profissionais do direito" (Passado e futuro da súmula no STF. *Op. cit.*, p. 10, grifos constantes do original).

127. Nessa toada expressa-se Luiz Guilherme Marinoni: "As súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório a partir das máximas, uma lamentável e infeliz tentativa de alguns sistemas da *civil law* para o encontro da uniformidade de interpretação (...). Ora, se é preciso analisar precedentes, não há motivo para pensar em súmulas" (*Precedentes obrigatórios*. *Op. cit.*, p. 287).

128. Veja-se, nesse sentido, o testemunho dado pelo Min. Victor Nunes Leal de sua dificuldade ao assumir a sua Cadeira no STF: "Por falta de técnicas mais sofisticadas, a *Súmula* nasceu (...) da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante. O hábito, então, era reportar-se cada qual à sua memória, testemunhando, para os colegas mais modernos, que era tal ou qual a jurisprudência assente da Corte. Juiz calouro, com a agravante da falta de memória, tive que tomar, nos primeiros anos, numerosas notas, e bem assim sistematizá-las, para pronta consulta durante as sessões de julgamento" (Passado e futuro da súmula no STF. *Op. cit.*, p. 14).

de evolução de nosso direito, teria por consequência o oposto do por todos desejado, redundando em ainda maior instabilidade dos precedentes judiciais, porquanto seria mais difícil conhecê-los e, por conseguinte, bem aplicá-los¹²⁹.

Não se pode também deixar de considerar que o respeito aos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal também passa, ao lado da instituição formal de efeito vinculante a parcela deles, “em grande medida muito mais pela melhora qualitativa e conquista histórica da legitimidade”, tal qual ocorreu com o Tribunal Constitucional Alemão, para citar um exemplo, “uma das instituições melhor avaliadas pelos cidadãos alemães que o consideram verdadeira instituição da sociedade, o que não significa que o tribunal não possua função contramajoritária”¹³⁰.

A súmula vinculante fora regulamentada pela Lei 11.414/2006, tendo eficácia imediata a partir de sua publicação na imprensa oficial, facultado ao STF, por decisão de 2/3 de seus membros, a modulação de seus efeitos (arts. 2º e 4º da Lei de Regência; art. 103-A, *caput*, da CR).

Como já expendido no item 1.8, defendemos que as súmulas vinculantes, como de resto os precedentes judiciais, possuem eficácia *ex tunc*, sendo possível, nos termos do dispositivo já referido, a modulação de seus efeitos “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”¹³¹.

Com efeito, a súmula vinculante, conforme classificação já expendida de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior¹³², pode ser não surpreendente, apenas cristalizando a

129. Como concluem Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “somados os prós e os contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade” (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. *Op. cit.*, p. 263). Necessário sublinhar, porém, como fazem os autores, que “as súmulas, uma vez com efeito vinculante, devem passar a ser elaboradas com muito mais critério e de forma a não gerar, na medida do possível, problemas interpretativos *mais complexos do que os gerados pela própria norma de que derivam*” (*Ibidem*, p. 266, grifos constantes do original). Também defendendo as súmulas vinculantes: CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, a. 13, v. 85, p. 279-295, jan./fev. 1999; ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, a. 24, n. 32, p. 189-195, 2008; TRAD, Fábio. A súmula vinculante *pro reo*: um instrumento a favor da liberdade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13, n. 152, p. 8, jul. 2005; TUCCI, José Rogério Cruz e. O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 24, n. 75, p. 73-77, abr. 2004.

130. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. *Op. cit.*, p. 1.967, nota 18.

131. No item referido foi trazida à colação a posição contrária de Tais Cruvinel Moretti, para quem a súmula vinculante possui efeito *ex nunc*. No mesmo sentido de referida autora posicionam-se Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas (*Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. *Op. cit.*, p. 269-272). No sentido por nós defendido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Aplica-se o teor do enunciado da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal mesmo aos fatos ocorridos antes de sua publicação, pois ‘a irretroatividade se refere, tão somente, à lei penal menos gravosa e a jurisprudência representa apenas a interpretação da norma penal’ (RHC 38.506, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, Dje 16/11/2015) (...)” (HC 253.655/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 19.04.2016, Dje 28.04.2016).

132. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. DIDIER

jurisprudência já remansosa, não havendo, portanto, qualquer razão para que a regra seja a eficácia *ex nunc*.

A edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante é sujeita à aprovação de *quorum* qualificado (2/3 dos membros do STF, em sessão plenária – § 3º do art. 2º da Lei 11.417/2006; art. 103-A, *caput*, da CF), podendo o relator admitir, neste procedimento, a manifestação de terceiros (§ 2º do art. 3º da lei regulamentadora).

Deve a súmula vinculante referir-se a matéria constitucional¹³³, ser editada após reiteradas decisões na mesma direção¹³⁴ (art. 2º, *caput*, da lei respectiva), ter por objeto a validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sob idêntica questão (art. 103-A, § 1º, da CR; art. 2º, § 1º, da Lei 11.417/2006).

Prevê ainda a Lei 11.417/2006, a reforçar a conclusão de que um precedente judicial é hierarquicamente inferior à lei, que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

A instauração de procedimento para edição, cancelamento ou revisão de súmula vinculante não repercute em processos em andamento, vedando a lei sua suspensão (art. 6º).

Antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil, que faculta o ajuizamento de reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes (art. 988, III), já previam a Constituição Federal e a lei da súmula vinculante este instrumento com este fito (art. 103-A, § 3º, da CR; art. 7º da lei ordinária)¹³⁵.

JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2. Série. *Op. cit.*, p. 378-384. A classificação foi exposta no item 1.8, *supra*.

133. As demais súmulas, a seu turno, podem referir-se a qualquer matéria, dentro, é claro, da competência de seu órgão emissor (ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 184, ago. 2013).

134. Como concluiu pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, “o descumprimento desse requisito torna o debate sobre a promulgação da súmula uma questão de ‘conveniência e oportunidade’ e faz o discurso jurídico se aproximar perigosamente do discurso legislativo, tornando tênue a fronteira entre a legislação e a jurisdição. A súmula deixa de ser um mero enunciado descritivo que consolida uma interpretação já existente e construída *com a participação das partes interessadas e da sociedade*, para se tornar um *dictum* exclusivo do tribunal cada vez mais abstrato e com estrutura semelhante a dos atos legislativos em geral (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* (Coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 142, grifos constantes do original).

135. Deve-se frisar que, a despeito de defendermos a eficácia *ex tunc* da súmula vinculante, ressalvada a possibilidade da modulação de seus efeitos, a jurisprudência do STF não admite o ajuizamento de reclamação para impugnação de ato anterior à decisão emanada da Corte Suprema. Nessa direção, sua então Presidente rejeitou por decisão monocrática reclamação que sustentava violação da Súmula Vinculante 2 por Decreto Municipal, visto que essa norma era

Largo o uso das súmulas vinculantes em matéria penal. Dos 58 verbetes aprovados até a finalização desta obra, dez eram desta seara, sendo a primeira a Súmula Vinculante 9, aprovada em 12.06.2008, e a última a de n. 56, aprovada em 12.03.2015¹³⁶.

4.5.4. Os acórdãos em Incidente de Assunção de Competência (IAC)

As origens do incidente de assunção de competência repousam na Lei 10.352/2001, que incluiu no Código de Processo Civil/1973 o § 1º do art. 555¹³⁷, assim redigido:

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.

Esse instituto foi mais bem regulamentado pelo CPC/2015 no Capítulo III, do Título I, do Livro III, que contém um único artigo de lei (art. 947), e substituiu o procedimento de uniformização de jurisprudência previsto no CPC/73 (arts. 476 a 479)¹³⁸.

Sua aplicabilidade ao processo penal ocorre pelas razões já aventadas (item 4.3, *supra*), não havendo qualquer incompatibilidade com esta seara¹³⁹.

anterior à súmula (Rcl 5400/SP, decisão monocrática datada de 24.07.2007, DJ 02.08.2007), sendo posteriormente negado provimento ao agravo regimental interposto em face desta decisão (Rcl 5400 AgR, Rel^a. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. em 01.07.2009, DJ 21.08.2009).

136. Eis os verbetes: Súmula Vinculante 9 “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”; Súmula Vinculante 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Além dessas duas, tratam de direito penal material ou processual as Súmulas Vinculantes 11, 14, 24, 26, 35, 36, 45 e 46.

137. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 112.

138. NOGUEIRA, André Murilo Parente. *Precedentes judiciais na contemporaneidade: eficácia vinculante à luz da teoria tridimensional do direito*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 193.

139. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 176. O STJ já julgou ser admissível o IAC no processo penal (a despeito de no caso concreto, pela ausência dos pressupostos, não o haver admitido): “AGRAVO REGIMENTAL. ART. 1º, INCISOS I E II, DA LEI 8.137/1990. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO *HABEAS CORPUS*. APLICAÇÃO (SUPLETIVA) DO PRECEITO INSERTO NO ART. 947 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO ÂMBITO DO *HABEAS CORPUS*. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MOMENTO ADEQUADO PARA SUSCITAR O INCIDENTE. PEDIDO FORMULADO APÓS O JULGAMENTO DO *WRIT*. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. (...) 1. Consoante o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, a norma constante do art. 947 do Código de Processo Civil tem aplicabilidade aos processos criminais. Nesse sentido é o recente Enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, cujo verbete dispõe que “As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei”. 2. Sob pena de subverter a própria *ratio* do instituto – até mesmo para que não haja um rejuízo da causa, a pretexto de uma uniformização do entendimento jurisprudencial, máxime em se tratando de processos de feição criminal, como no caso vertente –, o incidente deve ser suscitado antes do julgamento do *writ*. (...) 6. Pedido de instauração do Incidente de Assunção de Competência indeferido. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC 468.265/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 23.04.2019, DJe 03.05.2019).

São requisitos do incidente (art. 947, *caput*): a) pendência de julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária; b) existência de relevante questão de direito com grande repercussão social; c) ausência de repetição desta questão em múltiplos processos. Insta observar, ainda, não haver pertinência na instauração do IAC caso a questão já tenha sido pacificada pelas Cortes Superiores¹⁴⁰.

Pelo primeiro requisito, observa-se que o IAC pode ser proposto em qualquer tribunal, no exercício seja do segundo grau de jurisdição, seja do primeiro, em julgamento de causas originárias. A despeito da vocação primária para conhecimento e julgamento deste incidente ser dos tribunais de justiça, tribunais regionais federais e eleitorais (para tratar apenas da competência penal, não abordando a trabalhista), possível seja instaurado nas cortes de sobreposição (STF e STJ)^{141/142}.

Difere do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) na medida em que este exige efetiva repetição de processos (art. 976, I), como será analisado no próximo item¹⁴³.

A ausência de repetição da questão em múltiplos processos está a significar não ser objeto de litigância massiva, com centenas ou milhares de casos a tratar da matéria, e não mera repetição em menor escala, a qual estará amiúde presente de molde a despertar a atenção dos órgãos fracionários para determinada *questio juris*, dando azo à propositura do incidente¹⁴⁴. Aliás, para a qualidade do julgamento, ensejando a edição de precedente estável, afigura-se imprescindível a maturidade dos debates jurídicos sobre a matéria, possibilitando-se sua escoreta pacificação. Saliente-se que no direito estadunidense fora

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já admitiu e julgou incidente de assunção de competência na seara penal: “INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. PLURALIDADE DE PROCESSOS NESTA CORTE TENDO COMO OBJETO A MESMA QUESTÃO DE DIREITO. CUMPRIMENTO DO DEVER DE MANUTENÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA ESTÁVEL, ÍNTEGRA E COERENTE (ART. 926, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, II, DA LEI 8.137/90). RÉUS SÓCIOS DE PESSOA JURÍDICA COM DIVERSAS FILIAIS PELO ESTADO. DEMANDAS DEFLAGRADAS EM COMARCAS DISTINTAS. CONDUTAS AUTÔNOMAS. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO. REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA QUE PODERÁ SER APLICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. Tese jurídica: “A prática de condutas tipificadas como crimes contra a ordem tributária, quando ocorridas em comarcas diversas e com diferentes fatos geradores, cujo ponto convergente é a identidade de agentes – sócios de pessoa jurídica com diversas filiais pelo Estado –, não atrai a unificação de processos, sendo competente para o processamento e julgamento o juízo do local de cada uma das infrações, ressalvada a apreciação de eventual situação de continuidade delitiva no âmbito da execução penal” (...) (TJSC, Incidente de Assunção de Competência 0001136-96.2017.8.24.0000, de Videira, Rel. Sidney Eloy Dalabrida, Seção Criminal, j. em 25.07.2018).

140. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 175.

141. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. *Op. cit.*, p. 1.540.

142. O RISTJ regulamenta o instituto em seus arts. 271-B a 271-G. Não está previsto no RISTF. Dispõe o Enunciado 468 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “O incidente de assunção de competência aplica-se em qualquer tribunal”.

143. Dispõe o Enunciado 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”.

144. NOGUEIRA, André Murilo Parente. *Precedentes judiciais na contemporaneidade: eficácia vinculante à luz da teoria tridimensional do direito*. *Op. cit.*, p. 194.

desenvolvida a “doutrina da maturação do assunto” (*ripeness doctrine*), que desautoriza decisão a respeito de determinada matéria quando a questão é ainda muito incipiente, vale dizer, é possível haver julgamento apenas quando existir alta probabilidade de decisão acurada sobre a questão¹⁴⁵. Cremos que essa maturidade dos debates é exigível não apenas no tocante ao IAC, mas também ao IRDR e recursos excepcionais repetitivos¹⁴⁶.

Possui o IAC, diante da ausência de intensa repetitividade de feitos, caráter preventivo, procurando, antes que tal fenômeno ocorra, sedimentar o entendimento da Corte a respeito de determinado tema (§ 4º do art. 947).

Da ausência de significativa repetitividade decorre a carência de previsão de determinação de suspensão de feitos que tratam da matéria¹⁴⁷.

O incidente pode ser proposto de ofício pelo relator, ou a pedido da parte, Ministério Público ou Defensoria Pública. Essa proposta consiste que seja o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado indicado no regimento interno (§ 1º do art. 947)¹⁴⁸.

Não admitido o incidente por falta de interesse público, os autos retornam para julgamento do órgão originário. Aceito, haverá deslocamento da competência e julgamento do feito pelo colegiado competente indicado no regimento interno.

Ressalte-se que o efeito vinculante atribuído ao acórdão em IAC deriva de sua *ratio decidendi*, constatação que conduz à distinção entre os efeitos da coisa julgada (derivados do dispositivo do acórdão e vinculante exclusivamente às partes daquele feito), e os efeitos

145. MARTINS, William Stoianov. *Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2020, p. 159-160; ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States: Analysis and Interpretation*. Washington: Cong. Rsch. Serv. Disponível em: <[https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C1-2-6-ALDE_00001244\[ripeness,%20doctrine\]](https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C1-2-6-ALDE_00001244[ripeness,%20doctrine])>. Acesso em: 07 mar. 2021.

146. Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça concluiu ser premissa essencial na aplicação de precedentes o “esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um “precedente” a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* (Coord.) *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. *Op. cit.*, p. 138).

147. Danyelle Galvão também entende inexistir “razão para que uma pequena quantidade de casos seja suspensa para discussão isolada de um único caso concreto”, alvitrando, no entanto, sejam os autos apensados para julgamento conjunto (*Precedentes judiciais no processo penal*. *Op. cit.*, p. 166). Discordamos da proposta feita pela autora, uma vez que este apensamento poderia gerar tumulto processual e delonga excessiva na conclusão do julgamento, desatendendo-se ao comando constitucional da duração razoável do processo.

148. O RISTJ atribui à Corte Especial a competência para julgamento do IAC quando a matéria for comum a mais de uma seção (art. 11, VI), e à Seção respectiva quando for a ela restrita (art. 12, IX). Na mesma toada, o Regimento Interno do TJSP dispõe caber ao seu Órgão Especial o julgamento do IAC (art. 13, I, ‘m’), bem assim às Turmas Especiais quando a matéria for de competência exclusiva de sua Seção (art. 32, II).

do precedente forjado pelo acórdão, cuja *ratio* (ou *rationes decidendi*) vincula os juízes integrantes do respectivo tribunal (magistrados de primeiro e segundo grau — § 3º do art. 947), possuindo, portanto, eficácia horizontal¹⁴⁹.

A ressalva contida na parte final do § 3º do art. 947, no sentido de que não há vinculação do precedente se houver revisão de tese, afigura-se desnecessária neste capítulo especial do Código, pois é norma de teoria geral dos precedentes, aplicável, portanto, a todos eles. Melhor seria, como já dito (item 4.2.3, *supra*), disciplina mais acurada da *overruling* no capítulo que trata das disposições gerais (Capítulo I do Título I do Livro III).

Embora não previsto expressamente no instituto, reputamos salutar a admissão de *amicus curiae* (na forma do art. 138 do CPC), ou mesmo a realização de audiências públicas a respeito do tema em julgamento, para melhor debate da novel questão pela sociedade e comunidade jurídica, especialmente porque sequer objeto de múltiplos feitos¹⁵⁰.

A desistência ou extinção sem exame do mérito por qualquer outro motivo do feito em cujo curso fora instaurado o IAC implica também sua extinção, seguindo-se a regra geral, à falta de especial contrária, de que o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*). Outrossim, regra regimental não poderia ir além do Código neste pormenor, disciplinando, ao arpejo da lei, verdadeira regra processual (e não meramente regulamentar ou procedimental), de competência exclusiva da União (art. 22, I, da CR), padecendo, portanto, de inconstitucionalidade o § 2º do art. 271-B, do RISTJ, ao dispor que “a desistência ou abandono do processo não impedem o exame do mérito”¹⁵¹.

Por fim, impende esclarecer que a decisão que julga o IAC desafia todos os recursos que poderiam ser interpostos em face do acórdão do órgão fracionário¹⁵².

149. ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. *Op. cit.*, p. 113.

150. Alexandre Freitas Câmara defende que, por integrante o IAC do microsistema de formação de precedentes vinculantes, são-lhe aplicáveis as regras atinentes à ampliação do contraditório previstas para o IRDR (arts. 983 e 984) (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. *Op. cit.*, p. 254-256). Luís Felipe Schneider Kircher, conquanto entenda tratar-se o IAC de técnica de composição de divergência, reputa necessária em seu procedimento a ampliação da cognição e publicidade, com adoção das regras que qualificam o debate, como participação de *amicus curiae* e realização de audiências públicas (*Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 165 e 175-176).

151. Em sentido análogo, a posição de Danyelle Galvão, que faz, porém, ressalva, com a qual concordamos, admitindo que, havendo instauração do IAC, se houver outro processo em trâmite no tribunal a tratar da mesma questão, ele “poderá substituir aquele em que houve desistência, permitindo a continuidade do incidente para posterior fixação do precedente” (*Precedentes judiciais no processo penal*. *Op. cit.*, p. 191).

152. KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 175.

4.5.5. Os acórdãos em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

O IRDR trata-se de novidade em nosso sistema processual trazida pelo CPC/2015, que o disciplinou no Capítulo VIII do Título I do Livro III, nos arts. 976 a 987. Como explicitou a Exposição de Motivos do Código, a sua inspiração foi o *musterverfahren*, ou “procedimento-modelo”, do direito alemão¹⁵³.

Institutos análogos também podem ser encontrados nos direitos americano, italiano e inglês¹⁵⁴.

Em princípio, é plenamente aplicável ao processo penal, como já se sustentou de forma geral em relação aos sistema de precedentes vinculantes estabelecido pelo CPC (item 4.3, *supra*), sendo harmônico com esta área jurídica.^{155/156}. Na análise das normas

153. BRASIL. Código de Processo Civil. Exposição de motivos. *Op. cit.*, p. 30. Explicam Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva que “na Alemanha, nas décadas de 1960 a 1980, houve um número elevado de objeções contra projetos estatais desenvolvidos (...). O Tribunal Administrativo de Munique, diante de 5.724 reclamações, resolveu inovar, selecionando 30 casos considerados representativos (modelo) da controvérsia, suspendendo os demais até o julgamento destes *Musterverfahren* (procedimentos-modelo), cujo entendimento foi aplicado a todos os processos pendentes. A iniciativa do Tribunal de Munique provocou grande controvérsia jurídica, tendo em vista a falta de previsão, na *Verwaltungsgerichtsordnung* (Estatuto da Justiça Administrativa), do procedimento adotado. No entanto, a *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional) decidiu, em 1980, pela constitucionalidade da prática estabelecida. Como decorrência, o legislador alemão, ao editar nova versão do Estatuto da Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), em 1991, incorporou dispositivos, dentre os quais o parágrafo 93a, com a previsão do *Musterverfahren*. Em 2005, uma nova versão de *Musterverfahren* é criada na *KapMuG* (*Gesetzüber Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* ou Lei sobre o Procedimento-Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital), com vigência temporária, inicialmente até outubro de 2010, mas que foi prorrogada, ato contínuo, até outubro de 2012 e, em seguida, para 01.11.2020. E, também, em 2008, nos moldes da primeira espécie de *Musterverfahren* e praticamente repetindo o texto do § 93a da *Verwaltungsgerichtsordnung*, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (*Sozialgerichtsgesetz*). Em brevíssima síntese, os procedimentos-modelo alemães, da Justiça Administrativa e do mercado de capitais, foram desenvolvidos para que, num cenário de inúmeras ações homogêneas, a partir do julgamento de um caso piloto – com questões fáticas ou jurídicas comuns aos demais processos – fosse firmado entendimento extensivo aos demais casos (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 576-577).

154. ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. *Op. cit.*, p. 119-136; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. *Op. cit.*, p. 576-577.

155. TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, p. 487-489.

156. Na jurisprudência, admitindo o IRDR em matéria penal: “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Divergência acerca da natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena, para se definir o marco inicial a ser considerado como do implemento dos requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Indicação da existência de posicionamentos divergentes entre Câmaras de Direito Criminal deste Tribunal. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica configurado. Tese jurídica – A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o requisito objetivo para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão. Orientação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (...)” (TJSP, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 2103746-20.2018.8.26.0000; Rel. Péricles Piza; Turma Especial – Criminal; j. em 07.11.2019; Data de Registro: 20.01.2022). Luís Felipe Schneider KIRCHER cita jurisprudência em sentido contrário, inadmitindo o IRDR em matéria penal, a saber: TRF 4ª Região, IRDR 5046424-07.2016.404.0000, Rel^{is}. Cláudia Cristina Cristofani, DJ 25.04.2017; TRF 3ª Região, IRDR 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. Maurício Kato, j. em 20.04.2017, DJ 05.05.2017 (*Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. *Op. cit.*, p. 171).

que o regulamentam, será esmiuçada eventual incompatibilidade com este ramo do direito, preconizando-se a necessária adaptação.

O incidente é instaurado no bojo de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, em qualquer tribunal (*i.e.*, no que diz com a competência para julgamento de causas penais, nos Tribunais de Justiça, Regionais Federais ou Regionais Eleitorais), no exercício do segundo grau de jurisdição ou primeiro (julgamento de causas de competência originária). Como a decisão que o julga desafia recursos excepcionais (art. 987), não é cabível sua instauração no âmbito dos tribunais de superposição (STJ e STF)¹⁵⁷.

São pressupostos do incidente: a) existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica (art. 976, I e II); c) ausência de recurso repetitivo sobre a questão pendente de julgamento nos tribunais superiores (art. 976, § 4º). Observe-se que os dois primeiros requisitos são positivos; o último, negativo.

A repetitividade exigida é a suficiente para que julgamentos díspares redundem em ofensa à isonomia e segurança jurídica, não exigindo a lei qualquer montante específico de feitos¹⁵⁸. Necessário, porém, que os debates jurídicos sobre a questão estejam maduros a dar azo à sua pacificação pelo IRDR¹⁵⁹.

São legitimados a propor o IRDR: a) juiz ou relator; b) as partes; c) o Ministério

157. Nesse sentido: ABBoud, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 461. Estabelece o Enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça ou tribunal regional”. Alexandre Câmara, em sentido diverso, aduz cabível o IRDR nos tribunais de superposição “quando atuam como órgãos dotados de competência originária ou quando apreciam recursos ordinários” (Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. *Op. cit.*, p. 239). Fato é que os tribunais superiores não o regulamentaram em seus regimentos internos. O STJ vinha entendendo não ser competente para processar e julgar o IRDR (*e.g.* AgRg nos EDcl na Rcl 35.887/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. em 13.06.2018, DJe 25.06.2018). Houve, porém, mudança da jurisprudência a partir do julgamento do AgInt na Pet 11.838/MS. Veja-se: “AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. RECLAMAÇÃO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). INSTITUTO AFETO À COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DE TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA (ESTADUAIS OU REGIONAIS FEDERAIS). INSTAURAÇÃO DIRETA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE RESTRITA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS (ART. 976 DO CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NÃO ULTRAPASSADO. NÃO CABIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INSTITUTO. 1. O novo Código de Processo Civil instituiu microsistema para o julgamento de demandas repetitivas – nele incluído o IRDR, instituído, em regra, afeto à competência dos tribunais estaduais ou regionais federal –, a fim de assegurar o tratamento isonômico das questões comuns e, assim, conferir maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional. 2. A instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas diretamente no Superior Tribunal de Justiça é cabível apenas nos casos de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do CPC. (...)” (AgInt na Pet 11.838/MS, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 07.08.2019, DJe 10.09.2019).

158. Nesse sentido, o Enunciado 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”.

159. NEVES, Daniel Amgrim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. *Op. cit.*, p. 1.593-1.594.

Público ou a Defensoria Pública (art. 977, I a III).

Se o Ministério Público não for o requerente, funcionará como *custos legis*, e assumirá sua titularidade em caso de desistência ou abandono (§ 2º do art. 976).

A decisão que rejeita a instauração do incidente não obsta que, uma vez satisfeito o requisito anteriormente não preenchido, seja novamente suscitado (§ 3º do art. 976).

Admitido o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes que tratam da questão no âmbito de competência do respectivo tribunal (art. 982, I), facultada a apreciação, pelo juiz natural do processo suspenso, de questões de caráter urgente (§ 2º do art. 982).

Poderá haver a extensão da suspensão a todos os processos nacionais pelo STF ou STJ, se assim requerido por legitimado a propor o incidente (§§ 3º e 4º do art. 982)¹⁶⁰.

Estabelece o Código o prazo de um ano para julgamento do incidente, após o que cessa a suspensão dos feitos que tratam da matéria, salvo decisão contrária do relator (art. 980). Julgado o incidente, se não for interposto recurso especial ou extraordinário, cessa também a suspensão ventilada (§ 5º do art. 982).

A previsão dessa suspensão resulta da ponderação dos valores isonomia e duração razoável do processo, decidindo o legislador que, para garantia do primeiro, razoável seria, até solução do incidente, a suspensão dos feitos que tratassem da matéria. Todavia, suspensão indefinida acabaria por aniquilar a segunda garantia, de molde que a solução encontrada, de limite de um ano para suspensão, mostra-se equilibrada.

Entendemos que este comando não é incompatível, de forma absoluta, com o processo penal. Ressalvamos, porém, que, ao se determinar a suspensão de feitos de processos penais, devem ser excluídas dessa decisão os processos: a) de réus presos ou nos quais fora deferida medida cautelar de natureza diversa constritiva a direitos e garantias fundamentais do acusado, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu; b) em que a prescrição estiver próxima, uma vez que, à falta de norma específica, a suspensão de feitos pela instauração de IRDR não repercute nos prazos prescricionais¹⁶¹, salvo se presente hipótese que se enquadre no art.

160. O RISTJ regulamenta o incidente de “Suspensão de Processos em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” em seu art. 271-A.

161. No mesmo sentido: KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Op. cit., p. 169-170. Danyelle Galvão, a seu turno, sustenta que “a melhor solução 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 nessas 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” (*Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 163).

116, I, do CP¹⁶².

Em nosso sentir, tal qual decidido pelo STJ e STF em relação a recursos repetitivos (como se verá oportunamente, item 4.6.2), afigura-se não ser obrigatória a suspensão ventilada, podendo o relator, tendo em vista as peculiaridades de determinado caso, deixar de determiná-la¹⁶³.

Essencial, para amplo conhecimento da sociedade e comunidade jurídica, a devida publicidade do incidente, devendo sua instauração ser comunicada ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão em cadastro específico (art. 979).

Prevê o Código, além de normas atinentes à publicidade, disposições que garantem um debate qualificado sobre a matéria em julgamento, dispondo que o relator ouvirá, além das partes e do Ministério Público, “os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (...)”, que “poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida” (art. 983, *caput*), sendo também facultado ao relator designar audiência pública para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (§ 2º do art. 983).

O julgamento do incidente cabe ao órgão colegiado indicado pelo regimento interno do respectivo tribunal, que, além de decidi-lo fixando a tese jurídica, julgará o feito em cujo curso fora instaurado (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária), na forma do art. 978¹⁶⁴. Instaurado o incidente, haverá, portanto, deslocamento da competência para julgamento do feito respectivo (recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, denominado “causa-piloto” ou “representativo da controvérsia”¹⁶⁵ — art. 978, parágrafo único). A melhor interpretação desta disposição legal conduz à conclusão de que é possível a eleição da causa-piloto apenas entre os feitos em trâmite em tribunal, descabendo figure como representativo da controvérsia processo em trâmite em juízo monocrático de primeira instância. Daí porque, a nosso ver, sempre haverá o deslocamento da competência para seu julgamento. A razão desta unidade de julgamento reside na necessidade de, ao se estabelecer precedente (e posteriormente, ao aplicá-lo ou distingui-lo), ser fundamental a análise fática, sendo inviável que se estabeleça

162. A discussão relacionada ao art. 116, I, do CP, será travada ao serem analisados os precedentes forjados no julgamento de recursos repetitivos (item 4.6.2, *infra*).

163. Na mesma direção por nós defendida, sustentando não ser obrigatória a suspensão: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. em e-book baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, não paginado. Em sentido contrário, reputando-a obrigatória: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, não paginado. E-book.

164. O Regimento Interno do TJSP, tal qual faz no IAC, dispõe caber ao seu Órgão Especial o julgamento do IAC (art. 13, I, 'm'), bem assim às Turmas Especiais quando a matéria for de competência exclusiva de sua Seção (art. 32, II).

165. A terminologia é apresentada por Danyelle Galvão (*Precedentes judiciais no processo penal*. *Op. cit.*, p. 156-157).

(e posteriormente se aplique ou distinga) mera tese abstrata¹⁶⁶.

De acordo com o § 1º do art. 976, a desistência ou abandono do processo em que inaugurado o incidente não inibe o exame do mérito do IRDR. Essa norma merece ser criticada, na medida em que, como insistentemente frisado ao longo deste estudo, afigura-se indispensável, seja para se constituir, manejar ou revogar um precedente, analisar os fatos em debate. Precedente constituído sem a acurada atenção a seu suporte fático certamente seria um precedente de qualidade duvidosa, e pior ainda seria sua posterior aplicação, porquanto no trabalho de incidência ou distinção imperioso o cotejo do caso em julgamento com aquele no qual se forjou o precedente. Eventual revogação futura, em julgamento de caso diverso, também seria dificultosa e teria sua acuidade comprometida por ausência de suporte fático da decisão que o forjou.

Há inclusive quem sustente a inconstitucionalidade desta espécie de julgamento em que se estabelece mera regra geral, por ofensa à separação dos poderes, sendo atividade desta espécie cabível exclusivamente ao legislativo¹⁶⁷. Não comungamos desta crítica, acreditando que no julgamento do IRDR, mesmo desacompanhado do julgamento do feito respectivo, não se está a produzir lei, mas apenas a interpretá-la. O problema, portanto, não reside em inconstitucionalidade, mas sim no estabelecimento, pelo Código, de procedimento que não se coaduna com os científicos ditames de teoria geral dos precedentes, e cuja adoção implicará péssimo resultado sob o ponto de vista qualitativo da jurisdição prestada.

Sem embargo, possível solução para a questão seria a eleição de outra causa-piloto, vinculando-a ao incidente em trâmite¹⁶⁸.

Julgado o IRDR, sua *ratio decidendi* é vinculante aos julgadores integrantes do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitam nos juizados especiais (art. 985),

166. Discorda-se, portanto, de Danyelle Galvão, para quem “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 ‘causa piloto’ – devem ser repartidas, encaminhando-se a ‘causa-piloto’ para o julgador competente (juiz natural), evitando ofensa à ampla defesa, contraditório, produção de provas ou duplo grau de jurisdição. Isso porque ao julgar em segunda instância algum caso que sequer tramitou completamente em primeira instância, é possível que haja atropelo na tramitação e supressão de fases processuais imprescindíveis” (*Precedentes judiciais no processo penal. Op. cit.*, p. 172). No mesmo sentido por nós defendido: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *Op. cit.*, p. 486-489. Dispõe o Enunciado 344 do FPPC, na mesma direção: “a instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”. Dissente-se, portanto, pelas razões já apontadas, do Enunciado 22 da ENFAM: “A instauração do IRDR não pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”.

167. Nessa direção: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *Op. cit.*, p. 463-468.

168. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal. Op. cit.*, p. 172-173.

desafiando a decisão que o desrespeite reclamação (§ 1º do art. 985; art. 988, IV).

Parte da doutrina reputa inconstitucional a vinculação dos juízes do sistema de juizados especiais ao acórdão do IRDR, por não estarem os juizados submetidos aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais¹⁶⁹, com o que não assentimos, visto que, para garantia da isonomia e segurança jurídica, não se concebe que, dentro da competência territorial de um mesmo tribunal, haja ilhas isoladas a decidir de forma diversa da Corte (ou mesmo do STJ ou STF), máxime porque alguns Estados, como São Paulo, possuem dezenas de Turmas Recursais. Se cada uma julgasse ao seu livre-alvedrio, sem se ater à jurisprudência do respectivo tribunal a que vinculadas, ou mesmo do STJ ou STF, haveria verdadeira loteria judiciária no sistema dos juizados especiais, sobretudo porque acórdão de turma recursal, como é cediço, não desafia recurso especial¹⁷⁰, sendo as hipóteses de interposição de recurso extraordinário restritas¹⁷¹.

O julgamento de mérito do IRDR desafia recurso especial ou extraordinário, conforme o caso (art. 987, *caput*), os quais terão, ao contrário da regra geral, efeito suspensivo, presumindo-se a existência de “repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida” (§ 1º).

Julgado o recurso excepcional, “a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” (§ 2º do art. 987).

Como de resto em qualquer precedente judicial, é possível sua superação, estabelecendo expressamente o Código que “far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inc. III” (art. 986), norma que, por possuir caráter geral, reputa-se desnecessária nesta parte do Código; deveria ter sido a parte geral da matéria mais bem regulamentada, como exposto alhures (item 4.2.3, *supra*).

Recorde-se que a parte vinculante do acórdão em IRDR é sua *ratio decidendi*. Daí decorre a distinção entre os efeitos da coisa julgada (oriundos do dispositivo do acórdão e

169. ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *Op. cit.*, p. 482-486.

170. Nessa direção o verbete da Súmula 203 do STJ: “Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos juizados especiais”.

171. Também defendendo a constitucionalidade da vinculação dos juizados especiais: HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. In NUNES, Dirlé; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 985. O Enunciado 93, do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), reza que “admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais do mesmo estado ou região”.

vinculante exclusivamente às partes), e os efeitos do precedente constituído pelo acórdão, cuja *ratio decidendi* vincula os magistrados do respectivo tribunal.

Diante da ausência de efeito vinculante *erga omnes* do acórdão, mas apenas do precedente por ele forjado, não procedem as críticas dirigidas a este instituto, no sentido de não facultar a terceiro a opção de exclusão dos efeitos do julgado de sua órbita jurídica (direito de *opt-out*, como ocorre nas *class actions* do direito americano). Pela mesma razão, não há que se fazer um paralelo com a disciplina da ação civil pública, que, como se sabe, faz coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 16 da Lei 7.347/1985 e art. 103 do Código de Defesa do Consumidor), não havendo, pois, que se cogitar que a tese fixada no incidente apenas pode beneficiar parte de outro feito, nunca prejudicar¹⁷². Aliás, a vingar esta tese, no processo penal este instituto seria esvaziado, porquanto havendo duas partes antagônicas, uma seria sempre beneficiada pela tese e a outra prejudicada. Em suma, o IRDR não se trata de ação coletiva, fazendo coisa julgada apenas entre as partes¹⁷³. Como explica Ruy Alves Henriques Filho, precedente “difere da coisa julgada, na medida em que esta fixa o entendimento acerca de determinada demanda, enquanto o precedente estabelece o entendimento acerca da interpretação dada a determinada celeuma jurídica”¹⁷⁴.

4.6. OS PRECEDENTES QUASE VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

Consoante já visto nos itens 1.5.2 e 4.4, *supra*, a despeito de os precedentes quase vinculantes não contarem, para pronta cassação da decisão desconforme, com o célere instrumento da reclamação, a exemplo do que ocorre com os vinculantes, distinguem-se dos meramente persuasivos, visto que o desrespeito a eles implica mitigação da via recursal ordinária, ensejando o julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV e V, do CPC)¹⁷⁵. Lembre-se ainda que, ao contrário dos meramente persuasivos, permitem o ajuizamento da reclamação após o esgotamento da via recursal ordinária (art. 988, § 5º, II, do CPC).

A respeito da reclamação, e seu cabimento quando esgotada a via recursal ordinária

172. Referidas críticas são feitas por Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, que sustentam que por não prever o direito de *opt-out*, tampouco a coisa julgada *secundum eventum litis*, a disciplina do IRDR é violadora do direito de ação previsto na Constituição. Propõem, interpretando a normativa do IRDR conforme à Constituição, que se deve assegurar referido direito de autoexclusão (O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. *Op. cit.*, p. 478-482).

173. A menos, ressalve-se, que no IRDR se julgue recurso tirado de ação civil pública, mas mesmo nesta hipótese os efeitos derivados da coisa julgada do acórdão, que seguiriam a disciplina da Lei 7.347/1985 e Código de Defesa do Consumidor, não se confundiriam com os efeitos do precedente nele insculpido, os quais decorrem de sua *ratio decidendi*, e não no dispositivo.

174. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. *Op. cit.*, p. 987.

175. Apenas para ilustrar, lembre-se que no processo civil os precedentes quase vinculantes também permitem outros mecanismos de aceleração (ou abreviação) do procedimento, como a improcedência liminar do pedido (art. 332), inaplicável ao processo penal.

já se tratou no item 4.5.1, *supra*, passando-se, pois, ao estudo do julgamento monocrático pelo relator no processo penal.

4.6.1. O julgamento monocrático de recurso pelo relator como ferramenta vocacionada a garantir a autoridade dos precedentes quase vinculantes

Antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, previa o Código anterior o julgamento monocrático pelo relator do recurso no art. 557, com a redação dada pela Lei 9.756/1998, nas hipóteses de sua manifesta inadmissibilidade, improcedência, prejudicialidade ou confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

A interpretação do termo *jurisprudência dominante* foi bastante elástica¹⁷⁶ e culminou com a edição da Súmula 568 do STJ, cujo verbete dispõe: “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplinou o tema no art. 932, incs. IV e V:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

IV – negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

176. Nas palavras de Hermes Zaneti Jr., “o conceito de jurisprudência dominante do CPC/1973 (...) utilizava-se de conceito jurídico indeterminado, ruim, difícil de definir e que foi objeto de muitas críticas, porque permitia absurdos como a jurisprudência dominante da própria turma ou câmara e, em casos teratológicos, do próprio relator” (Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 528).

Veja-se, pois, que o relator negará ou dará provimento, monocraticamente, a recurso quando a controvérsia jurídica já tiver sido pacificada por súmula (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal), acórdão em julgamento de recursos excepcionais repetitivos, acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de assunção de competência (IAC).

Na mesma direção, dispõe o art. 955, parágrafo único, do CPC/2015, o julgamento monocrático do conflito de competência quando sua decisão se fundar em: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

Além do julgamento monocrático, garante de forma mais plena a autoridade dos acórdãos de IRDR e IAC a reclamação, como já estudado, circunstância que alça esses precedentes à categoria de *vinculantes* ou *normativos*, lembrando-se que foram tratados em itens próprios (4.5.4 e 4.5.5, *supra*).

O julgamento monocrático do recurso é instrumental que também encurta a via recursal comum, prevista em nosso ordenamento, embora não com a eficácia da reclamação, afigurando-se, portanto, de acordo com a tese ora defendida, precedentes quase vinculantes os fundados em súmulas e em recursos excepcionais repetitivos, porquanto a decisão que os desobedeça pode ser cassada por *decisum* monocrático em julgamento recursal.

Antes de tratar desses precedentes nos próximos subitens, algumas considerações adicionais se mostram necessárias em relação ao julgamento monocrático recursal do relator como *discrímen* a distinguir os precedentes quase vinculantes e a aplicabilidade desse instrumento no processo penal.

Por primeiro, o Código de Processo Civil atual foi mais técnico que o anterior ao definir que a inadmissibilidade ou prejudicialidade configuram hipóteses de não conhecimento do recurso (inc. III do art. 932).

Outrossim, substituiu os vagos termos “manifesta improcedência” e “confronto com jurisprudência dominante”, por hipóteses mais precisas de julgamento monocrático, que, como exceção à regra da colegialidade, são taxativas.

Diante deste quadro, cabe apenas o julgamento monocrático de recurso pelo relator quando a questão debatida estiver pacificada por precedente insculpido no art. 932, IV e V, do CPC, comportando, portanto, em face da novel legislação, revisão do verbete da Súmula 568 do STJ e regras regimentais de tribunais que utilizem o termo “jurisprudência dominante” a possibilitar o julgamento monocrático¹⁷⁷.

177. Na lição de Hermes Zanetti Jr., “o enunciado da Súmula 568 deve ser interpretado em conformidade com a

É certo que seria mais coerente o Código ter facultado o julgamento monocrático em caso de infringência a qualquer dos precedentes do art. 927, especialmente “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inc. V), que não conta com a reclamação para preservação de sua autoridade (ao contrário dos demais não elencados no art. 932, IV e V, vale dizer, decisões em controle concentrado e constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante – incs. I e II do art. 927), mas essa não foi a opção legislativa, de modo que, a despeito de sujeita à crítica acadêmica, deve na praxis forense ser respeitada, não comportando os incs. IV e V, do art. 932, do CPC, interpretação extensiva¹⁷⁸.

Discute-se se a norma que prevê o julgamento monocrático trata-se de faculdade ou poder-dever. Entendemos se tratar de dever do julgador, em atenção aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual. Sendo o precedente quase vinculante, e em nosso ordenamento o julgamento monocrático pelo relator a ferramenta disponível para garantir essa autoridade, não se trata de mera opção de o relator lançar mão do instrumento sempre que possível, sob pena de enfraquecimento do sistema precedentalista¹⁷⁹.

No concernente à sua aplicabilidade ao processo penal, deve-se ponderar que, afigurando-se a monocratização do julgamento exceção à regra geral ínsita ao julgamento recursal, de colegialidade, imprescindível, para maior acurácia do julgamento, a previsão de instrumento de impugnação da decisão singular para o respectivo órgão colegiado que integra o julgador monocrático, elegendo nosso ordenamento como reclamo desta sorte o agravo interno, regulamentado pelo Código de Processo Civil no art. 1.021¹⁸⁰.

Considerando que o atual Código de Processo Penal não regulamenta os recursos

Constituição e com o modelo de precedentes, e por “entendimento dominante” deve ser compreendido o entendimento fixado em súmula ou nos demais casos previstos no art. 927 e incisos, CPC/2015” (Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. *Op. cit.*, p. 540). Temos, como visto, entendimento mais restritivo a respeito, reputando que a interpretação da súmula deve ser feita em conformidade com o art. 932, IV e V, do CPC/2015, cabendo o julgamento monocrático nas hipóteses ali previstas em *numerus clausus*.

178. Também entendendo não comportar o dispositivo interpretação extensiva: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado. Op. cit.*, p. 1.515. Em sentido contrário, sustenta Ronaldo Cramer ser possível o julgamento monocrático para garantia da autoridade de qualquer precedente elencado no art. 927 do CPC (Os poderes do relator e o sistema de precedentes. In ARRUDA ALVIM, Teresa et al. (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*).

179. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, não paginado (nota 1 ao art. 932). *E-book*. Na direção contrária, reputando o art. 932 mera faculdade do julgador: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. Op. cit.*, p. 1.980, nota n. 17 ao art. 932.

180. Iterativa a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive na seara criminal, no sentido de que o julgamento monocrático não configura ofensa ao princípio da colegialidade por desafiar esta decisão agravo interno. Cite-se, para ilustrar: “(...) Há de ser ressaltado que o julgamento monocrático do recurso especial, com esteio em óbices processuais e na jurisprudência dominante desta Corte, tem respaldo nas disposições do Código de Processo Civil e do RISTJ. Ademais, é facultado à parte submeter a controvérsia ao colegiado competente por meio de agravo regimental, não havendo, portanto, nenhuma vulneração do princípio da colegialidade” (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 1965995/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 14.12.2021, DJe 17.12.2021).

excepcionais, cujo rito é exclusivamente previsto pelo CPC/2015 (diante da revogação da normativa atinente na Lei 8.038/1990), tranquila é a aplicabilidade das disposições do estatuto processual civil ao julgamento monocrático de recursos especial e extraordinário penais, inclusive do agravo interno para impugnação das decisões do relator, *ex vi* do art. 3º do CPP¹⁸¹. E mesmo que se entenda não se aplicar ao processo penal a disciplina do agravo interno do CPC/2015, o art. 39 da Lei 8.038/1990 (que prevê desafiar agravo as decisões monocráticas no âmbito do STF e STJ), continua em vigor.

Discussão maior é travada no tocante aos demais recursos previstos pelo Código de Processo Penal e leis penais especiais (apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, correição parcial e embargos de divergência). Neste particular, é necessário ponderar que a aplicabilidade do sistema precedentalista estatuído pelo Código de Processo Civil/2015 implica maior efetividade de princípios de estatura constitucional, notadamente duração razoável do processo, isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança, e que os instrumentos previstos para garantia da autoridade dos precedentes (sejam vinculantes ou quase vinculantes) são imprescindíveis à consolidação desse sistema.

Decorre dessas premissas a conclusão da aplicabilidade do julgamento monocrático do relator para outros recursos do processo penal, além dos excepcionais. A incidência do sistema precedentalista, todavia, não pode ser feita pela metade, sendo corolário da aplicabilidade do julgamento monocrático pelo relator aos recursos do processo penal a possibilidade de interposição de agravo interno para impugnação das decisões prolatadas pelo relator, sob pena de disfuncionalidade do sistema recursal¹⁸².

Deve-se gizar, entretanto, que o julgamento monocrático pelo relator de recurso no processo penal deve ocorrer apenas quando objeto do recurso questões de direito já pacificadas pelos precedentes arrolados no art. 932, IV e V, do CPC. Se, ao lado destas, forem também trazidas questões de fato, incabível será o julgamento monocrático. Outrossim, mesmo se impugnadas pelo reclamo apenas matéria exclusivamente de direito, sabe-se que no processo penal vigora o princípio *reformatio in melius*, podendo o tribunal, mesmo que discutidas apenas questões de direito, incursionar de ofício no mérito

181. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. *Op. cit.*, p. 252-253. Na jurisprudência dos tribunais superiores: “Agravo interno no recurso extraordinário com agravo. Penal e processual penal. Crime de roubo majorado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. Competência do relator para julgamento monocrático do feito. Possibilidade. Precedentes (...)” (STF, ARE 1.210.646 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 05.08.2019); “(...) 1. Segundo a orientação firmada nesta Corte Superior de Justiça, pode o relator, monocraticamente, dar ou negar provimento a recurso especial quando, tal como ocorre na hipótese dos autos, houver entendimento dominante sobre a matéria no Tribunal. É o que está sedimentado na Súmula n. 568 do STJ. 2. Em se tratando de atribuição regimentalmente prevista, o julgamento monocrático do recurso afasta a necessidade de inclusão em pauta para julgamento colegiado e sua respectiva intimação (...)” (STJ, AgRg no REsp 1959899/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 08.02.2022, DJe 15.02.2022).

182. Além da aplicabilidade ao processo penal, por analogia (art. 3º do CPP), da disciplina do agravo interno insculpida no CPC/2015, regra geral os regimentos internos dos tribunais preveem desafiar agravo regimental as decisões monocráticas (*e.g.*, arts. 253 a 255 do RITJ-SP).

para favorecer o acusado¹⁸³. Vislumbrando hipótese deste *jaez* em que seja necessário o julgamento de questões de fato, deve o relator remeter o feito para julgamento colegiado¹⁸⁴.

O julgamento monocrático, no tocante a recursos penais, não é cabível naqueles em que imprescindível o pronunciamento colegiado, como nos embargos infringentes e de nulidade (cujo pressuposto recursal é o julgamento não unânime de apelação, recurso em sentido estrito e agravo em execução – art. 609, parágrafo único, do CPP)¹⁸⁵.

No tocante aos embargos de divergência, atualmente previstos no art. 1.043 do CPC, em tese cabível o julgamento monocrático, prevendo o RIST, em seu art. 266-C, que o relator negar-lhe-á provimento “caso a tese deduzida no recurso seja contrária a fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema”. A despeito desse artigo ter sido incluído pela Emenda Regimental 22/2016, já sob a égide do atual Código de Processo Civil, entendemos padecer de ilegalidade na parte final, em que se refere a “jurisprudência dominante”, por ir além do prescrito pelo art. 932, IV e V, do CPC, que revogou norma do Código anterior contendo referido termo (art. 557 do CPC/1973), consoante já analisado.

Ressalte-se que em nosso sistema precedentalista são vinculantes ou quase vinculantes os precedentes insculpidos no art. 927 do CPC cuja autoridade é garantida por meio de reclamação (no caso dos primeiros) ou julgamento monocrático pelo relator (na última hipótese). *Jurisprudência dominante* é termo impreciso e de pouco valor científico na doutrina geral de precedentes judiciais. Possibilitar julgamento monocrático com base nessa premissa pouco contribuiria para consolidação de uma cultura precedentalista e cessação da loteria judiciária.

Tranquila seria a admissibilidade, no processo penal, do julgamento monocrático de conflitos de competência (por aplicação analógica do art. 955, parágrafo único, do CPC),

183. A respeito do princípio *reformatio in mellius*, v. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. *Op. cit.*, p. 1.696-1.697. De se anotar que o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010) prevê expressamente este princípio, ao estatuir que “no recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que, de qualquer modo, favoreça o imputado” (§ 2º do art. 549). Esta norma, prevista nas disposições gerais dos recursos, é replicada na regulamentação da apelação (art. 561, *caput*).

184. Em sentido contrário ao aqui defendido, Danyelle Galvão sustenta ser cabível o julgamento monocrático pelo relator no processo penal apenas nos recursos excepcionais, por versarem exclusivamente questões de direito. Acrescenta ainda ser decorrência do duplo grau a possibilidade de reanálise das questões de fato e de direito por ao menos uma vez por órgão diverso do prolator da decisão (*Precedentes judiciais no processo penal. Op. cit.*, p. 255-257). Na mesma linha: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. *Op. cit.*, p. 1.701-1.703.

185. Embora o art. 609, parágrafo único, esteja inserto em capítulo que trata do processo e julgamento dos recursos em sentido estrito e apelações (Capítulo V, do Título II do Livro III), a interpretação do sistema recursal penal conduz à conclusão de sua aplicabilidade também ao agravo em execução, previsto em lei posterior e cujo procedimento é o do recurso em sentido estrito (art. 197 da Lei 7.210/1984). Nessa direção: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. *Op. cit.*, p. 1.784-1.785.

pois estão a envolver exclusivamente questões de direito.

Sumulando, cabível o julgamento monocrático do relator, nas hipóteses do art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil, no julgamento de recursos penais extraordinário, especial, apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, embargos de divergência e correção parcial, desafiando a decisão do relator agravo interno. Também aplicável no julgamento de conflitos de competência (art. 955, parágrafo único, do mesmo Código)¹⁸⁶.

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal disciplina o julgamento monocrático pelo relator, a ser analisada oportunamente (item 4.8, *infra*).

4.6.2. Os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos

O julgamento de recursos repetitivos foi introduzido em nosso ordenamento pela Lei 11.672/2008, que inseriu no Código de Processo Civil de 1973 o art. 543-C, disciplinando o julgamento dos recursos especiais repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

A despeito do rito com este *nomen juris* ser restrito aos recursos especiais, a Lei 11.418/2006, que regulamentou, no âmbito do CPC/1973, o requisito da repercussão geral para admissibilidade do recurso extraordinário (inserido na CF – art. 102, § 3º –, pela Emenda Constitucional 45/2004), inculpiu no referido Código o art. 543-B, que permitia o julgamento dos recursos extraordinários por amostragem quando houvesse “multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia”, em procedimento análogo ao julgamento dos recursos especiais repetitivos.

O art. 543-C era insuficiente a traçar a integralidade do procedimento e julgamento dos recursos especiais repetitivos, tanto que facultou, em seu § 9º, regulamentação pelo STJ e tribunais de segundo grau, no âmbito de suas competências, editando o STJ a Resolução 08/2008, a normatizar o procedimento, que passou a ser aplicado desde sua entrada em vigor nas mais diversas searas jurídicas, inclusive a penal¹⁸⁷.

186. A mais recente jurisprudência do STJ sobre o tema admite o julgamento monocrático de recursos penais em segundo grau de jurisdição: 6ª Turma, AgRg no HC 133.358/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. em 15.12.2009, DJe 22.02.2010 (no julgamento de apelação); 5ª Turma, HC 177.248/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 28.06.2011, DJe 01.08.2011 (agravo em execução); No mesmo sentido, a jurisprudência de tribunais de justiça: TJDF, 1ª Turma Criminal, AgRg na Apelação 20141010070773APR (no julgamento de apelação), Rel. Des. Esdras Neves, j. em 14.05.2015, v.u.; TJRS, Ap. 70039238787, 2ª Câmara Criminal, decisão monocrática de 08.08.2014, Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa (na apelação); TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade 70077026359, Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Victor Luiz Barcellos Lima, Redator: José Antônio Cidade Pitrez, j. em 04.05.2018 (no julgamento de agravo em execução).

187. Apenas para ilustrar, em 28.11.2008 foi afetado o primeiro recurso especial a tratar de matéria penal para julgamento sob o rito dos repetitivos (REsp 1099230/RJ), no qual se discutia os “limites legais estabelecidos para a concessão de saídas temporárias, quantidade de saídas anuais e duração de dias”. Houve posterior desafetação deste recurso (em

O Código de Processo Civil de 2015 realizou regulamentação mais ampla dos recursos repetitivos, estendendo este regime também aos recursos extraordinários (Subseção II, da Seção II, do Capítulo VI, do Título II, do Livro III, titulada “Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos”, e composta dos arts. 1.036 a 1.041)¹⁸⁸.

De se destacar que o CPC/2015 revogou os arts. 26 a 29 da Lei 8.038/1990, de forma que, nos termos do art. 3º do CPP, a disciplina dos recursos excepcionais do CPC/2015 aplica-se inteiramente ao processo penal¹⁸⁹.

Este instrumental busca o julgamento em bloco, ou por amostragem¹⁹⁰, de múltiplos recursos extraordinários ou especiais, possibilitando discussão qualificada entre os membros do tribunal respectivo, juntamente com a sociedade e comunidade jurídica, a fim de que estes feitos, que tratam de idêntica questão de direito, sejam decididos de uma só vez, fixando-se tese que deve ser aplicada a todos os casos que versarem sobre a mesma controvérsia jurídica.

Os recursos repetitivos são próprios de uma “sociedade de massa”, da qual decorre o aumento e maior complexidade dos conflitos sociais, e consequente crescimento exponencial dos feitos que anualmente aportam para julgamento no Poder Judiciário, muitos dos quais a tratar de análogas questões jurídicas¹⁹¹.

30.04.2009) porque “não houve decisão do Presidente do Tribunal *a quo*, reconhecendo o feito como representativo de questão de direito que tivesse gerado multiplicidade de recursos”. Atualmente já há diversos recursos especiais repetitivos julgados em matéria penal, relevando citar, a título de exemplo, o REsp 1111566/DF (Tema 446), em que fixada a tese de que “o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do ‘bafômetro’ ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). (3ª Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 28.03.2012, DJ 04.09.2012).” Cite-se, ainda, o REsp 1336561/RS (Tema 655), em que fixada a tese de que “o reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato” (3ª Seção, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. em 25.09.2013, DJ 01.04.2014). Este precedente deu origem à Súmula 526 do STJ. O assunto foi também analisado pelo STF no RE 776823 (Tema 758), em que fixada tese análoga (Rel. Min. Edson Fachin, j. em 07.12.2020, DJ 23.02.2021).

188. Cite-se, como exemplo, os julgamentos de recursos extraordinários repetitivos em matéria penal: RE 979962 (Tema 1.003), em que fixada a tese: “é inconstitucional a aplicação do preceito secundário do art. 273 do Código Penal à hipótese prevista no seu § 1º-B, I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do art. 273, na sua redação originária” (Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 24.03.2021, DJ 14.06.2021); RE 971959 (Tema 907), em que declarado constitucional o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Rel. Min. Luiz Fux, j. em 14.11.2018, DJ 31.07.2020).

189. TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastri. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. *Op. cit.*, p. 489-491.

190. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. *Op. cit.*, p. 228.

191. CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In NUNES, Dirlé; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 211-222. Sintetiza a autora na conclusão de seu estudo: “Desde o final da década de 1940, a sociedade brasileira vem sofrendo profundas e constantes transformações. Atualmente, pode-se dizer que a sociedade brasileira é uma *sociedade de massa*, marcada pela produção em grande escala de bens de consumo (“consumo de massa”) e pela expansão generalizada dos meios de comunicação (“comunicação de massa”). Consequentemente, os conflitos atuais também ocorrem em larga escala, resultantes de oposição de interesses que emergem das relações jurídicas de massa, caracterizando-se, assim, como *conflitos de massa*” (*Ibidem*, p. 227, grifos constantes do original).

O julgamento sob o rito dos recursos repetitivos reforça a função nomofilática das Cortes superiores, vocacionadas para uniformizar a interpretação e aplicação do direito¹⁹². Integram, ao lado do IRDR, o microsistema de julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC)^{193/194}.

Para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, haverá seleção de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, seja em segundo grau de jurisdição (nos TJs ou TRFs), seja no respectivo tribunal superior (art. 1.036, §§ 1º e 5º). No primeiro caso, os recursos serão encaminhados para fins de afetação, determinando-se a suspensão do trâmite de todos os processos no respectivo tribunal, em primeira e segunda instâncias (§ 1º do art. 1.036). Essa escolha não vinculará o relator no tribunal superior, a quem é facultado selecionar outros recursos representativos da controvérsia (§ 4º do art. 1.036). Os recursos selecionados são denominados “causas-piloto”, cujo julgamento forjará o precedente vinculante¹⁹⁵.

Somente podem ser selecionados recursos que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida (§ 6º do art. 1.036).

Sobre este pormenor, cabe asseverar que a qualidade de um precedente judicial é diretamente proporcional à profundidade dos debates estabelecidos sobre a questão jurídica nele retratada. Para maior virtude do precedente a ser estabelecido no julgamento de recursos repetitivos, afigura-se imprescindível aguardar-se o momento em que seja

192. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, não paginado. E-book; GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 197. Luiz Antonio Sampaio Gouveia e Maria Edith Camargo Ramos Salgretti aduzem que os recursos excepcionais “se mostram como os grandes protagonistas de consolidação e harmonização do direito brasileiro, enquanto instrumentos com potencial de lançar forma jurídica e vinculativa a casos atuais e futuros (...)” (Origens e perspectivas dos recursos excepcionais no Brasil: do mero controle de legalidade e da constitucionalidade à função paradigmática dos precedentes judiciais. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 127, jan./mar. 2017).

193. SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais no direito republicano. In NUNES, Dirlé; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 754; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. Op. cit., p. 227. Nesse sentido, o Enunciado 345 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “o incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

194. Explica Erik Navarro Wolkart que “a doutrina vem, há algum tempo, apontando para a existência de microsistemas dentro do sistema de direito de um determinado país. Wilhelm afirma que, na tarefa de identificação de princípios sistematizadores, encontraremos alguns princípios com força unificadora apenas dentro de determinadas áreas do direito. O conjunto desses princípios forma os *subsistemas* de direito ou, para nós, os *microsistemas*” (O fetiche dos microsistemas no Novo Código de Processo Civil – integrações normativas entre procedimentos para formação dos precedentes e para julgamento de processos repetitivos. In NUNES, Dirlé; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 372, grifos constantes do original).

195. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Op. cit., p. 1.761. Danyelle Galvão colaciona outras denominações encontradas na doutrina: “processo piloto”, “recurso líder”, “recursos-quadro” ou “recursos-modelo” (*Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 198). Pode-se acrescentar também o termo *leading case*, importando-o do *common law*.

possível o agrupamento de recursos aptos a representar a *quaestio juris* a ser pacificada, não apenas pela sua quantidade, mas também por seu aspecto qualitativo, importando, neste último, a amplitude dos fatos retratados nos recursos, a profundidade dos debates realizados em seu bojo, as fontes em que se ancoram, a extensão da argumentação, que deve abarcar todos os aspectos da controvérsia, de modo a dar azo à constituição de um precedente forte, a configurar a melhor decisão para aquele momento histórico, refletindo o estado da arte atual da ciência (não somente jurídica) sobre a controvérsia, de molde a ser estável, não sujeito à superação em breve tempo¹⁹⁶.

Após a eleição dos recursos, na decisão de afetação, prolatada pelo relator do tribunal superior, será identificada com precisão a questão a ser submetida a julgamento; será determinada a suspensão de todos os processos pendentes de julgamento que tramitem no território nacional sobre a *quaestio juris*; poderá ser requisitada a remessa de recurso representativo de controvérsia a TJ ou TRF (art. 1.037, incs. I a III)¹⁹⁷.

Imprescindível, não apenas para cumprimento da decisão de suspensão, mas também para possibilitar debate qualificado acerca da matéria, possibilitando à sociedade e comunidade jurídica que pleiteiem manifestação nos autos ou mesmo a designação de audiência pública (art. 1.038, I e II), a ampla publicidade da decisão de afetação (muito embora, no tocante aos recursos excepcionais repetitivos, não seja o Código expresso como o foi ao tratar do IRDR – § 3º do art. 979). Merece aplausos, neste sentido, o parágrafo único do art. 256-D, do RISTJ, ao dispor que essa Corte “manterá, em sua página na internet, em destaque, relação dos recursos especiais representativos da controvérsia aptos, com a respectiva descrição da questão de direito e com o número sequencial correspondente à controvérsia”.

Caso os recursos tenham sido selecionados por tribunal de segundo grau, o relator de tribunal superior, se ausentes os pressupostos legais, não afetará os recursos para julgamento pelo rito ventilado, comunicando o ocorrido ao tribunal de origem para revogação da decisão de suspensão dos feitos correlatos (§ 1º do art. 1.037).

No que diz com a suspensão dos feitos correlatos, tal qual dissertamos no concernente ao IRDR (item 4.5.5, *supra*), não se afigura incompatível com o processo penal. Sem embargo, sustentamos, para plena eficácia da garantia constitucional da duração razoável do processo, ser inaplicável aos processos de réus presos, naqueles em que decretada medida cautelar diversa constritiva a direito fundamental, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu, ou naqueles

196. MARTINS, Willian Stoianov. *Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 161-162; GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 199-201.

197. Lembre-se que já ao tratar da repercussão geral o Código estatui que se reconhecida, “o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (§ 5º do art. 1.035).

feitos em que a prescrição estiver próxima (uma vez que, à falta de norma específica, a suspensão de feitos não reverbera nos prazos prescricionais, salvo se presente hipótese que se enquadre no art. 116, I, do CP)¹⁹⁸.

Sobre este pormenor, a despeito da controvérsia doutrinária¹⁹⁹, remansosa a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de que a suspensão ventilada não é automática, tampouco obrigatória, ficando a cargo do relator do recurso paradigma determiná-la ou modulá-la.

Deveras, ao julgar questão de ordem no RE 966177, o Pleno do STF decidiu neste sentido²⁰⁰, sendo, a partir de então, essa decisão seguida em julgamentos posteriores não apenas do STF, mas também do STJ²⁰¹.

Em referido julgado, outrossim, decidiu o STF que, determinada a suspensão de feitos de natureza penal, implica suspensão de seu prazo prescricional, *ex vi* do art. 116, I, do Código Penal. Essa suspensão, porém, não abrange investigações preliminares e ações penais em que haja réu preso provisoriamente. No curso da suspensão, poderá o juiz de primeira instância autorizar a produção de provas e atos de natureza urgente (art. 92 do CPP aplicado analogicamente)²⁰².

198. Aurélio Viana e Dirle Nunes, mesmo na seara cível, advogam que a decisão de afetação “module” os efeitos da suspensão, que pode em alguns casos perdurar por anos a fio, com sacrifício de direitos fundamentais retratados nos múltiplos feitos em trâmite no território nacional. Propõem, neste cenário, que sejam suspensos apenas os processos em fase de recurso para o STJ ou STF (*Precedentes*: a mutação no ônus argumentativo. *Op. cit.*, p. 295-299).

199. Entendendo ser facultativa a suspensão: SANTOS, Silas Silva *et al.* (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, não paginado. *E-book*. Em sentido contrário, entendendo automática: FERRAZ, Tais Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia no julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 153-159. Na mesma esteira, o Enunciado 23 da ENFAM: “É obrigatória a determinação de suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, em trâmite nos Estados ou regiões, nos termos do § 1º do art. 1.036 do CPC/2015, bem como nos termos do art. 1.036 do mesmo Código”.

200. STF, RE 966177 RG-QO, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 07.06.2017, DJe-019 31.01.2019, Public 01.02.2019.

201. No STJ, por exemplo, deixou-se de proceder à suspensão a que alude o § 1º do art. 1.036 do CPC na Proposta de Afetação no REsp 1921190/MG, em que será definido se “em razão da *novatio legis in melius* engendrada pela Lei n. 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado como fundamento para a majoração da pena-base”, argumentando-se “que há jurisprudência consolidada nesta Corte a respeito dos temas e eventual dilação temporal no julgamento poderá acarretar gravame aos jurisdicionados” (ProAfr no REsp 1921190/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, j. em 19.10.2021, DJe 03.11.2021). Já na Proposta de Afetação no REsp 1890343/SC, cuja controvérsia é a “(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”, a suspensão não foi determinada tendo em vista que a questão “será julgada com brevidade” (ProAfr no REsp 1890343/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. em 08.06.2021, DJe 15.06.2021).

202. Eis a ementa do referido julgado: “QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADIÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO

Consideramos que o STF andou bem ao decidir que a suspensão não é automática, sendo providência a cargo do relator²⁰³, a qual, porém, em nosso sentir, não é discricionária, como aposto no *v. acórdão*, exigindo fundamentação acurada, desafiando essa decisão inclusive agravo interno, em cujo julgamento pode ser revista.

Escorreita também a decisão ao facultar ao juízo de primeiro grau a decisão quanto a questões urgentes, podendo ser invocado, além do art. 92 do CPP, também analogicamente o art. 982, § 2º, do CPC.

Agiu corretamente a Suprema Corte ao excluir da abrangência da decisão suspensiva procedimentos investigatórios (os dispositivos em questão tratam apenas de “processo”), bem como aqueles de réus presos. Alvitramos, consoante já arrazoadado, que também não deveriam ser abarcados pela suspensão feitos em que deferida cautela penal diversa da prisão constritiva a direito fundamental, que também exigem urgência para sua solução.

Em nosso sentir, porém, equivocada a abrangência outorgada pela decisão ao estatuir que dita suspensão do processo implica, *ipso facto*, a suspensão do prazo

PENAL INSUFICIENTE. 1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal. 2. A suspensão de processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no *caput* do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la. 3. Aplica-se o § 5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável. 4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida. 5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais. 6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do *Parquet* e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*. 7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; *in casu*, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal. 8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador. 9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente. 10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, *caput*, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente. 11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal”.

203. Consoante já decidiu o STJ, “(...) caso a lei quisesse injungir a suspensão automática, bastaria prever que o reconhecimento da repercussão geral impusesse a paralisação do trâmite de todos os processos pendentes relativos à matéria no território nacional; ou ainda, dispor que o relator obrigatoriamente determinasse a suspensão, o que não ocorreu (...). Ademais, o sobrestamento do trâmite de centenas ou de milhares de feitos por todo o País, por tempo indefinido, não se coaduna com os princípios da eficiência e do acesso ao Judiciário, especialmente quando há a possibilidade de o relator estipular a suspensão dos feitos em que o andamento possa causar incerteza jurídica” (STJ, Corte Especial, REsp 1.202.071/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. em 01.02.2019, DJe 03.06.2019).

prescricional, em interpretação conforme ao art. 116, I, do Código Penal.

Ora, no caso em debate (TEMA 924) decidirá o STF acerca da “tipicidade das condutas de estabelecer e explorar jogos de azar em face da Constituição da República de 1988 (recepção do *caput* do Dec.-Lei 3.688/1941). É certo que dita *quaestio juris* pode ser considerada, nos termos do art. 116, I, do CP, como essencial para o reconhecimento da existência do crime. E esse entendimento, a nosso juízo, é aplicável sempre que o STF decidir acerca da tipicidade de determinada conduta ou constitucionalidade de determinada norma penal incriminadora. Muitos são os casos, porém, em que no regime de julgamento de recursos repetitivos, tanto o STF quanto o STF decidem matérias penais e processuais penais que não são essenciais para o reconhecimento da existência do crime. Nestes, seria inaplicável o entendimento em debate, inexistindo suspensão do prazo prescricional²⁰⁴.

A incidir o entendimento do STF com a abrangência aparentemente outorgada pelo referido acórdão, sempre que houvesse suspensão de um processo criminal haveria, conseqüentemente, suspensão de seu prazo prescricional, o que não seria aceitável, na medida em que os casos de suspensão ou interrupção da prescrição são taxativamente expostos em lei, sendo incabível sua interpretação extensiva ou analógica *in malam partem*²⁰⁵. Aliás, o próprio Código de Processo Penal prevê hipótese de suspensão do processo desacompanhada da suspensão do prazo prescricional, qual seja, instauração de incidente de insanidade mental (arts. 149 a 154).

Cabe também asseverar que o STJ tem decidido não se aplicar a suspensão a processos em curso nessa Corte superior, mas apenas em tribunais locais²⁰⁶, não havendo,

204. A doutrina cita como hipóteses de aplicação do art. 116, I, do CP, a ação cível em que se discute a validade de um casamento para configuração do crime de bigamia (CP, art. 235); a ação cível em que se discute a posse ou propriedade de coisa móvel para se definir se ocorreu ou não o crime de furto (art. 155); bem assim discussão acerca da propriedade intelectual para averiguar se existiu delito a ela relacionado (art. 184) (MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.007-1.008).

205. Nessa direção decidiu o STJ nos HC 682.633/MG: “*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. Falta grave. Prescrição. TEMA SUBMETIDO À REPERCUSSÃO GERAL DO STF. SOBRESTAMENTO DO RECURSO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUSPENSÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INTERPRETAÇÃO IN MALAM PARTEM. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA*. 1. A prescrição das faltas disciplinares de natureza grave, em virtude da inexistência de legislação específica, regula-se, por analogia, pelo menor dos prazos previstos no art. 109, VI, do Código Penal, de 3 (três) anos. 2. Em observância ao princípio da legalidade, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal, o que não se vislumbra na hipótese prevista no art. 1.030, III, do CPC, utilizada para sobrestar o processo no Tribunal de origem, não sendo admissível a analogia *in malam partem*. 3. Como a decisão proferida na QO no RE n. 966.177/RS refere-se especificamente à hipótese prevista no art. 1.035, § 5º, do CPC, e não houve o sobrestamento dos processos, nem a suspensão do prazo prescricional, pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 972.598/RS – Tema 941, verifica-se a ocorrência de manifesta ilegalidade. 4. Decorrido lapso superior a 3 (três) anos, previsto no art. 109, VI, do CP, desde a prática da falta disciplinar grave e o seu reconhecimento, em juízo de retratação, pelo Tribunal de origem, deve ser reconhecida a prescrição. 5. *Habeas corpus* concedido para afastar o reconhecimento da falta disciplinar e de seus consectários legais. (HC 682.633/MG, Rel. Min. Olindo Menezes (Des. Conv. do TRF 1ª Região), Sexta Turma, j. em 05.10.2021, DJe 11.10.2021)

206. “(...) Segundo entendimento desta Corte, a afetação de tema como representativo da controvérsia, por aplicação do art. 1.037, II, do CPC/2015, somente atinge os recursos em trâmite perante os Tribunais locais, não se aplicando aos processos em curso nesta Corte (...)” (AgRg no AREsp 1818139/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 09.11.2021, DJe 16.11.2021); “(...) A suspensão de recursos prevista no art. 1.037, II, do CPC/2015 (correspondente ao art. 543-C do CPC/1973) destina-se aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça dos Estados, não se

a nosso ver, razão para essa distinção, na medida em que o art. 1.037, II, refere-se a todos os feitos que tramitem no território nacional, englobando, dessarte, os processos aguardando julgamento no STJ (não podendo, por questão hierárquica, o STJ apenas determinar a suspensão de feitos em curso no STF).

Demonstrada a distinção entre a questão a ser decidida em determinado processo e a que será julgada no recurso afetado, aquele poderá prosseguir (§§ 8º e 13 do art. 1.037). Observa-se, portanto, a importância da acuidade da decisão de afetação. A partir dela serão suspensos processos em todo território nacional que tratem da questão, bem assim feita a distinção com casos diversos, que poderão prosseguir.

Previa o Código, em sua redação original, a vedação de julgamento, no acórdão paradigma, para fins de fixação de tese, acerca de questão não delimitada na decisão de afetação (§ 2º do art. 1.037), mas este dispositivo foi revogado mesmo antes da entrada em vigor do CPC pela Lei 13.256/2016. A despeito de sua extirpação, é norma que decorre do próprio sistema do Código, não havendo espaço para fixação de tese sobre questão que ultrapasse os limites da decisão de afetação²⁰⁷. Sem embargo, quando os recursos afetados contiverem outras questões além daquela objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar, fixando a respectiva tese, e depois as demais, não abrangidas pela tese estabelecida, em acórdão específico para cada processo (§ 7º do art. 1.037).

Fixa a lei o prazo de um ano para julgamento dos recursos afetados (§ 4º do art. 1.037), estatuinto o Código, originalmente, que superado cessava automaticamente a afetação e a suspensão dos processos, que retomariam seu curso normal (§ 5º do art. 1.037), mas este dispositivo também foi revogado pela Lei 13.256/2016. É certo que, com a superação do prazo, não deveria cessar a afetação, comportando os recursos o julgamento sob o regime dos repetitivos, agindo bem o legislador reformador neste particular. A suspensão, contudo, deveria ser interrompida após um ano, retomando os feitos seu curso, sob pena de ofensa à garantia da duração razoável do processo. Outrossim, a revogação deste dispositivo apenas no tocante aos recursos especiais e extraordinários repetitivos introduziu incoerência sistemática no Código, uma vez que norma análoga ainda está em vigor no tocante ao IRDR (parágrafo único do art. 980). Aviltramos, portanto, seja em atenção à plena eficácia da duração razoável do processo (garantia de estatura constitucional), seja para manter a coerência sistêmica do Código, que deve cessar a suspensão após um ano da decisão de afetação caso não haja julgamento do recurso afetado, ou então que seja mantida apenas em relação aos feitos já em fase de recursos excepcionais.

aplicando aos processos já encaminhados ao STJ, por ausência de previsão legal" (AgInt no AREsp 937.022/MT, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26.05.2017).

207. Nelson NERY JR. e Rosa Maria de Andrade NERY explicam que a vedação de julgamento de questão não incluída na decisão de afetação "se justificava não apenas pela letra da lei, mas pelo fato de que todos os atos que precederam o julgamento visaram à solução de uma questão específica, que é justamente aquela que permeia os recursos tidos como vinculados" (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. Op. cit.*, p. 2.382, nota n. 5 ao art. 1.037).

Pecou também a lei por, ao revogar referido § 5º do art. 1.037, deixar de fazer o mesmo com o § 6º do mesmo dispositivo, que a ele se subordina, permanecendo em vigor norma logicamente inaplicável.

É prevista ampliação do contraditório e debate qualificado no julgamento do recurso repetitivo, podendo o relator “solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria”; designar audiência pública para “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”; “requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia” (art. 1.038, incs. I a III).

O RISTJ atribui à Corte Especial ou à 3ª Seção o julgamento de recursos especiais repetitivos penais (arts. 11, XVI e 12, X). A despeito de o RISTF silenciar a respeito, o Pleno parece ser o juízo natural para julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, único órgão jurisdicional que permite a pacificação de entendimento dentro da Suprema Corte²⁰⁸.

Prevía o § 3º do art. 1.038, em sua redação original, que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”. O dispositivo também foi modificado pela Lei 13.256/2016, passando a dispor que “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida”. Conquanto parte da doutrina repete essa modificação em descompasso com o art. 93, IX, da CR, bem assim com o art. 489, § 1º, do CPC (ou, no caso do processo penal, art. 315, § 2º, do CPP)²⁰⁹, certo é que não se poderia exigir “do tribunal a inserção de soluções episódicas ou exceções que porventura pudessem surgir em outros indetermináveis casos, sob pena de se ter de redigir verdadeiros tratados sobre todos os temas conexos ao objeto do recurso (...), bem como o enfrentamento de fundamentos irrelevantes ou impertinentes. Deve ser nesse sentido compreendida a nova redação do dispositivo legal (...)”²¹⁰, que se amolda, portanto, às diretrizes constitucionais e legais de fundamentação.

Julgados os recursos afetados, ficarão prejudicados os demais pendentes de julgamento nos tribunais superiores versando sobre idêntica controvérsia, ou serão decididos aplicando-se a tese firmada (art. 1.039, *caput*). No caso do recurso extraordinário, se negada a existência de repercussão geral no afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os sobrestados (parágrafo único do art. 1.039).

Publicado o acórdão paradigma, nos tribunais de segundo grau: a) será negado seguimento aos recursos sobrestados se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do

208. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 204.

209. GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. Op. cit., p. 205-206.

210. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Op. cit., p. 1.769.

tribunal superior; b) haverá reexame da questão pelo órgão prolator do acórdão recorrido se contrariar a orientação do tribunal superior, podendo haver juízo retratação com prolação de novo acórdão; c) os processos suspensos em primeiro e segundo graus retomarão seu curso para aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (art. 1.040, incs. I a III e art. 1.041, § 1º).

Se mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso será remetido ao tribunal superior competente para julgamento (art. 1.041, *caput*), previsão legal que garante a autoridade do precedente fixado pela Corte Superior, que poderá cassar ou reformar a decisão divergente²¹¹.

4.6.3. Os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, além dos enunciados das súmulas dos demais tribunais

O conceito de súmula, e sua distinção com precedente, já fora objeto do item 1.2.2, *supra*, ao qual nos reportamos para evitar repetição. Lembre-se que súmula não se trata de precedente por não se cuidar de decisão judicial, mas resumo do entendimento consolidado do tribunal sobre determinada *quaestio juris*.

O art. 927, IV, ao se referir aos verbetes sumulares, quis abranger as decisões judiciais que os embasaram, das quais é possível se extrair a *ratio* (ou *rationes*) *decidendi* que devem ser observadas. Imprescindível sejam dessa maneira analisados os enunciados de súmula, especialmente porque, como já pontuado exaustivamente neste estudo, no manejo de precedentes não se pode descuidar os fatos que os embasaram. Digna de encômios, portanto, a previsão de que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (§ 2º do art. 926)²¹².

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça concluiu ser preocupante a existência de súmulas que veiculam conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos, bem assim de verbetes que são mais amplos que a *ratio decidendi* dos julgamentos que os embasaram, alvitando que “não se deve admitir a força vinculante de súmulas cujo procedimento de elaboração ‘discute teses, doutrinas e considerações que vão além da regra judicial sedimentada na jurisprudência’”²¹³.

211. FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia no julgamento da questão com repercussão geral*. *Op. cit.*, p. 115-116.

212. Estabelece o Enunciado 166 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente”.

213. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* (Coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*.

O Código também chama a atenção para a necessidade da correta fundamentação da decisão judicial que aplica ou rejeita a incidência da súmula, não considerando fundamentado o *decisum* que se limite a invocar “enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, bem assim que deixe de seguir enunciado de súmula “sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 927, § 1º e art. 489, § 1º, V e VI, respectivamente, do CPC/2015)²¹⁴.

Não se desconhece serem as súmulas objeto de crítica de parte da doutrina²¹⁵. Força convir, todavia, fazer esse instituto parte da cultura jurídica brasileira, e ter contribuído para mitigação da instabilidade de nosso sistema, a despeito do mal emprego que muitas vezes dele se faz. Espera-se, porém, que a atual disciplina do Código, chamando a atenção para a necessidade de, em sua criação (e também aplicação), socorrer-se das circunstâncias fáticas dos respectivos precedentes, bem como de suas *rationes decidendi*, aprimore sua utilização pelos operadores do direito. Quiçá um dia, quando já arraigada a cultura precedentalista no Brasil, este instrumento não seja mais necessário, mas ainda não nos encontramos neste estágio de desenvolvimento, conforme já pontuado (itens 4.2.3 e 4.5.3, *supra*).

Feliz foi o Código, no inciso em comento, em frisar a competência de cada Corte de sobreposição brasileira para a edição de súmulas, cabendo ao Supremo dar a última palavra acerca de questões de natureza constitucional e o Superior Tribunal de Justiça às matérias infraconstitucionais. Essa repartição de competências decorre do desenho constitucional de ambas as Cortes (arts. 102 e 105 da CR)^{216/217}.

As súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respeitadas suas competências, vinculam todos os demais órgãos jurisdicionais, além do próprio tribunal emissor. Já as das demais Cortes, apenas os juízes de cada uma delas

Op. cit., p. 143.

214. Redação análoga possui o art. 315, § 1º, V e VI, do CPP, com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019. O Projeto de Lei do Novo CPP (PL 8.045/2010) prescreve que “ao editar os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 599, § 2º).

215. Daniel Amorim Assumpção Neves, por exemplo, defende que as súmulas “nem deveria existir” (*Novo Código de Processo Civil comentado. Op. cit.*, p. 1.495).

216. Nessa senda, argumenta Daniel Amorim Assumpção Neves: “(...) em matéria infraconstitucional é o Superior Tribunal de Justiça o órgão jurisdicional responsável pela última palavra, certa ou errada, devendo tal realidade ser respeitada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos em temas sumulados (...). Em especial em matérias processuais não são poucas as vezes em que os dois tribunais divergem, o que deveria ser inadmissível num sistema jurídico coeso, cabendo ao Supremo Tribunal Federal seguir o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (*Novo Código de Processo Civil comentado. Op. cit.*, p. 1.495).

217. Dezenas são as súmulas de matéria penal do STF e STJ, valendo, para exemplificar, mencionar uma de cada Corte mais recente. No STF, Súmula 721: “a competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual” (24.09.2003); no STJ, Súmula 648: “a superveniência da sentença condenatória prejudica o pedido de trancamento da ação penal por falta de justa causa feito em *habeas corpus*” (14.04.2021).

integrantes, em primeiro ou segundo grau de jurisdição. As súmulas dos tribunais superiores possuem, portanto, eficácia vertical; as das Cortes de segunda instância, horizontal²¹⁸.

A análise dos precedentes que deram origem às súmulas corrobora o acerto da tese defendida neste trabalho de que a abreviação da via recursal ordinária é o melhor critério a distinguir a força vinculante dos precedentes judiciais. Deveras, o art. 927 do CPC/2015 dispõe, sem realizar qualquer diferenciação, que os juízes deverão observar os enunciados de súmula vinculante (inc. I) e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inc. IV).

Ora, parece evidente, já pelo próprio *nomen juris*, já pelo procedimento mais rigoroso para aprovação de uma súmula vinculante, que sua força cogente não se equipara às das demais súmulas, ainda que dos tribunais superiores, pecando o Código por não realizar explicitamente essa discriminação.

O critério ora empregado é capaz de de contento bem estremer as duas espécies de verbetes sumulares, uma vez que garante a autoridade da súmula vinculante a reclamação (sendo, portanto, os precedentes que as embasam *normativos*); já o desrespeito às súmulas previstas no inc. IV autoriza o julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV e V), sendo estes precedentes *quase vinculantes*.

Ademais, o *discrímen* ora empregado também autoriza considerar como quase vinculantes os precedentes que forjaram não apenas súmulas das Cortes de sobreposição, mas também verbetes sumulares dos demais tribunais (não integrantes do rol do art. 927), porquanto o desrespeito a estes autoriza igualmente o julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV e V, do CPC).

4.7. OS PRECEDENTES MERAMENTE PERSUASIVOS NO PROCESSO PENAL

As decisões judiciais que configuram precedentes judiciais (por se enquadrarem no conceito explicitado no item 1.1), mas cuja autoridade não é garantida por nenhuma ferramenta de abreviação da via recursal ordinária, seja a reclamação ou o julgamento monocrático pelo relator (para nos atermos às pertinentes ao processo penal)²¹⁹, não podem ser reputados vinculantes ou quase vinculantes, sendo meramente persuasivos.

218. A classificação dos precedentes quanto à origem foi exposta no item 1.5.1.

219. No CPC/2015 há outras ferramentas para garantia da autoridade dos precedentes, não aplicáveis ao processo penal, dada sua absoluta incompatibilidade com esse sistema, notadamente a improcedência liminar do pedido (art. 332); a dispensa do reexame necessário de sentença (art. 496, § 4º, III); além da ação rescisória por desrespeito à necessária distinção de enunciado de súmula ou acórdão lavrado em casos repetitivos (§ 5º do art. 966).

Neste rol incluem-se as decisões prolatadas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais nacionais (inc. V do art. 927 do CPC)²²⁰, bem como os acórdãos que julgam embargos de divergência (regulamentado nos arts. 1.043 e 1.044 do CPC/2015), cabíveis apenas para pacificar divergência no âmbito das cortes de sobreposição, em julgamento de recursos excepcionais²²¹. Lamenta-se não tenha ao menos essa última espécie de acórdão força vinculante. Ao se analisar, nos itens seguintes, os precedentes judiciais no Projeto de Lei do Novo CPP, serão feitas nossas propostas de alteração. Até sua aprovação e entrada em vigor, as normas traçadas no sistema do CPC, a despeito de sujeitas a crítica acadêmica, devem ser respeitadas no dia a dia forense.

De se considerar que o Supremo Tribunal Federal tem afetado ao plenário casos de maior estatura, muitos dos quais forjam precedentes. Firme, todavia, a jurisprudência no sentido de que manejável a reclamação para garantia de sua autoridade apenas pelas partes desses feitos (vinculadas pela coisa julgada), e não por terceiros para aplicação do precedente forjado, sendo também incabível a reclamação para corrigir afronta a precedente não vinculante²²².

Discorda-se, portanto, de Danyelle Galvão, para quem, nos termos do art. 927, V, do CPC, analogicamente aplicável ao processo penal, nesta seara seriam vinculantes todos os precedentes forjados pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, enquadrando-se neste rol, além de precedentes já abordados nos itens anteriores, casos individuais afetados ao plenário/corte especial (recursos excepcionais, *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus* e mandados de segurança), bem como as

220. Embora a redação do art. 927 seja “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, como explica Daniel Amorim Assumpção Neves, o termo “orientação” deve “ser interpretado como decisão, porque o órgão jurisdicional não tem natureza consultiva” (*Novo Código de Processo Civil comentado. Op. cit.*, p. 1.495).

221. Leciona a esse respeito Araken de Assis: “O fim a que visam os embargos de divergência é o de provocar a extinção da divergência intestina que eventualmente grassar no STF e no STJ. A Constituição outorgou a tais tribunais superiores, ao primeiro em matéria constitucional, ao segundo no tocante ao direito federal, a função de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito, sobrevalorizadas pela vinculação dos órgãos judiciários inferiores contemplada no art. 927 (...)”. E continua adiante: “O rol dos recursos dispensáveis decerto jamais incluiria os embargos de divergência. Ao contrário, tal meio de impugnação desempenha função relevante e imprescindível. Há que existir remédio para debelar a divergência intestina dos tribunais superiores. A incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da Justiça” (*Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*).

222. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. HC 111.815 E 187.035. PARADIGMAS DE CARÁTER SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE EFEITOS VINCULANTES APTOS A ENSEJAR A INSTAURAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF EM SEDE RECLAMATÓRIA. NÃO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO POR QUEM NÃO FOI PARTE NO CASO CONCRETO VERSADO NO PARADIGMA. RECLAMAÇÃO UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL (...) 1. A alegação de violação de decisão do Supremo Tribunal Federal desprovida de efeitos vinculantes e de eficácia *erga omnes*, proferida em processo subjetivo do qual o requerente não é parte, não autoriza o ajuizamento da reclamação. 2. A reclamação não pode ser utilizada como sucedâneo de recurso ou de ações judiciais em geral. 5. Agravo regimental não provido” (Rcl 46765 AgR, Rel. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 23.08.2021, DJe-200 06.10.2021, Public 07.10.2021); “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A PRECEDENTE SEM EFEITO VINCULANTE. INADMISSIBILIDADE (...). 1. A alegação de ofensa a precedente sem força vinculante ou ao direito objetivo, tal qual ocorreu no presente caso (princípio do *non bis in idem*), não dá ensejo à propositura de reclamação, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (...)” (Rcl 46802 AgR, Rel. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 08.06.2021, DJe-118 18.06.2021, Public 21.06.2021).

decisões proferidas em embargos de divergência, exigindo a autora, para tanto, conforme tese que defende, seja o debate do caso amplo e público²²³.

A despeito da importância de muitos desses precedentes²²⁴, fato é que a ausência de instrumento apto a abreviar a via recursal ordinária em caso de seu descumprimento desautoriza sejam atualmente reputados vinculantes, sendo possível essa consideração somente *de lege ferenda*.

Não se pode deixar de considerar, porém, que estivesse arraigada em nossa cultura jurídica respeito aos precedentes, como ocorre nos países do *common law* com a adoção da regra não escrita da *stare decisis*, cujo desrespeito é tão raro que é desnecessária a previsão do abreviamento da via recursal ordinária para garantir sua autoridade, o inc. V do art. 927 do Código de Processo Civil, dada sua amplitude, seria aquele que mais aproximaria nosso ordenamento dessa concepção.

4.8. OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA ANÁLISE CRÍTICA

4.8.1. Anteprojeto e texto aprovado pelo Senado (PLS 156/2009)

Necessário assentar, por primeiro, que a circunstância de ser aplicável o regime de precedentes instituído pelo CPC/2015 ao processo penal não elimina a necessidade de sua sistematização pelo Novo Código, de acordo com as peculiaridades deste ramo do direito²²⁵.

O Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, elaborado por Comissão de Juristas Coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido, e sob a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira, data do ano de 2009²²⁶.

A despeito de sua concepção haver sido contemporânea à do Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil²²⁷, o tema relativo aos precedentes passou despercebido

223. *Precedentes judiciais no processo penal. Op. cit.*, p. 206-245. No item 4.4, *supra*, foi exposta e criticada a tese da autora acerca dos requisitos para que determinado precedente seja considerado vinculante.

224. Danyelle Galvão exemplifica, como decisões históricas prolatadas em *habeas corpus*, “a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei de Drogas (HC 92687/STF) (...), o estabelecimento da ordem das alegações finais em casos com acusado colaborador premiado (HC 166373/STF), a tipicidade do não recolhimento do ICMS (RHC 163334/STF), a interrupção da prescrição pelo acórdão em segundo grau (HC 176473/STF)” (*Precedentes judiciais no processo penal. Op. cit.*, p. 218).

225. MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: breves considerações. *Op. cit.*, p. 177-180.

226. BRASIL. *Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

227. BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas responsável pela elaboração do*

pela Comissão, perdendo-se a oportunidade de sistematizá-lo de acordo com a importância que possui modernamente, inclusive para o processo penal, como demonstrado ao longo desta obra²²⁸.

De fato, em nenhum de seus 682 artigos é feita referência expressa ao termo precedente judicial. Em sua exposição de motivos, no item VI é brevemente explicada a disciplina dos recursos. A única alusão implícita aos precedentes é feita ao ser justificado o julgamento monocrático pelo relator:

Atribuiu-se, por fim, competência aos relatores para o julgamento monocrático dos recursos, quando se estiver a impugnar decisão, sentença ou acórdão que se contrapõem ou se ajustam à jurisprudência dominante ou enunciado de súmula, assegurando-se ao sucumbente o agravo para o colegiado, a intimação da sessão de julgamento e a sustentação oral facultativa²²⁹.

A disciplina dos recursos excepcionais no Anteprojeto seguiu a regulamentação insculpida no CPC/1973, especialmente pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008. Seu art. 493 disciplinou o julgamento de recursos extraordinários múltiplos da mesma forma que o art. 543-B do CPC/1973. O recurso especial repetitivo, previsto nos arts. 494 e 495 do Anteprojeto, correspondem ao art. 543-C do CPC/1973. Em consequência, o desenho dos recursos excepcionais no Anteprojeto continha as deficiências já analisadas alhures (item 4.6.2, *supra*).

Previu o Anteprojeto que o relator “negará seguimento a recurso intempestivo, manifestamente inadmissível ou prejudicado” (art. 505), dispositivo esse inserido em capítulo que trata do “processo e julgamento dos recursos nos tribunais” (Capítulo IX do Título V – Dos Recursos em Geral).

Disciplinou também o julgamento monocrático pelo relator:

Art. 506. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal, o relator poderá dar provimento ao recurso; havendo súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido do acórdão recorrido, poderá conhecer do agravo para negar provimento ao recurso.

Além desta norma de caráter geral e, portanto, aplicável a todos os recursos, fora previsto, tal qual no CPC/1973, o julgamento monocrático do agravo em recurso especial e extraordinário (arts. 497, 499 e 500).

Novo Código de Processo Civil. Op. cit.

228. PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Por uma teoria dos precedentes penais: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 8, maio 2013.

229. BRASIL. *Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009, não paginado.

O Anteprojeto também regulamentou os embargos de divergência, recurso que colima a pacificação de divergência entre turmas do STF e STJ (art. 502).

O Anteprojeto deu origem ao PLS 156/2009, o qual tramitou rapidamente no Senado Federal (PLS 156/2009), logrando aprovação em 07.12.2010. Afora ajuste na numeração dos dispositivos referentes aos recursos, em razão de outras mudanças operadas no texto do Anteprojeto²³⁰, houve pontuais alterações no texto aprovado no concernente aos precedentes judiciais.

O julgamento monocrático pelo relator passou a ser disciplinado no art. 517, com idêntica redação ao art. 506 do Anteprojeto, também inserido no Capítulo que trata do “processo e julgamento dos recursos nos tribunais” (agora Capítulo VIII do Título V). Além desta norma de caráter geral, houve previsão específica de julgamento monocrático pelo relator no agravo, com alusão à norma geral (art. 478, I).

O texto aprovado, suprimindo deficiência do Anteprojeto, prescreveu desafiar a decisão monocrática o recurso de agravo interno (art. 520)²³¹.

Houve também adaptação do Projeto à disciplina do agravo em recurso extraordinário e especial feita pela Lei 12.322/2010, que alterou dispositivos do CPC/1973, passando os arts. 511 e 513 do texto aprovado (correspondentes aos arts. 497, 499 e 500 do Anteprojeto) a espelhá-los.

4.8.2. Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010)

O Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, após a sua aprovação pelo Senado Federal em 07.12.2010 (PLS 156/2009), tramita na Câmara dos Deputados há mais de uma década (PL 8.045/2010), tendo o último parecer sido apresentado pelo relator da Comissão Especial (Deputado João Campos) em 26.04.2021²³².

Neste parecer, especificou o relator, ao tratar dos recursos (item 1.15), que “não foram muitas as modificações no tocante aos recursos. A preocupação foi a de compatibilizar a disciplina com aquela prevista no novel Código de Processo Civil, empolgando o ideal da teoria geral do processo”. Nenhuma justificativa é apresentada concernente aos

230. Os arts. 493, 494, 495, 505 e 506 do Anteprojeto, supracitados, passaram a ser os arts. 508, 509, 510, 516 e 517 do texto aprovado pelo Senado.

231. Eis a redação: “Art. 520. Das decisões do relator que não admitir o recurso, negar-lhe provimento ou reformar a decisão recorrida, caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Não havendo retratação, o processo será apresentado em mesa”.

232. As referências neste trabalho aos artigos específicos do projeto são feitas com base neste parecer. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra.jsessionid=node0106lkry0aenaf1ndoq-057jxydm4603286.node0?codteor=1998270&filename=Parecer-PL804510-26-04-2021>. Acesso em: 12 abr. 2022.

precedentes judiciais, pontuando apenas que se aprimorou “o projeto com um tratamento mais amplo ao recurso repetitivo”²³³.

É certo que houve alteração de alguns dispositivos do Projeto em atenção ao tratamento outorgado ao tema pelo novo CPC/2015, mas, tal qual concluído na análise da disciplina dos precedentes no Código de Processo Civil (item 4.2.3, *supra*), perdeu-se a oportunidade, no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, de sistematizar o tema de acordo com a sua relevância hodierna²³⁴.

Deveras, parcós e esparsos os dispositivos a tratar dos precedentes no Projeto do Novo CPP.

No Título V, denominado “dos recursos em geral”, em suas Disposições Gerais (Capítulo I) prescreve o Código que “os recursos deverão apresentar impugnações específicas e motivadas à decisão judicial, vedando-se a mera reprodução de argumentos já afastados pelo julgador e contrários a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, ou por um ou outro em julgamento de recursos repetitivos” (§ 2º do art. 539).

Outrossim, “no julgamento do recurso, não se admitirá a mera invocação de súmula ou acórdão, devendo-se identificar os fundamentos determinantes da decisão e demonstrar que o caso em apreciação se ajusta àqueles fundamentos ou, quando afastar a aplicação da súmula ou do acórdão, demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (§ 3º do art. 539).

Veja-se que o Projeto, embora não com rigor terminológico, tampouco atendendo à melhor técnica, alude a *ratio decidendi* (empregando a expressão “motivos determinantes”), bem assim a técnicas de afastamento dos precedentes (*distinguishing* e *overruling*).

Salutar a regra do § 3º do art. 539, lamentando-se seja restrita ao julgamento dos recursos. Melhor seria se o Projeto contivesse norma dessa natureza com caráter geral, aplicável a toda decisão judicial, tal qual o fazem o CPC/2015 (art. 489, § 1º, V e VI, do

233. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0106lkry0aena-f1ndoq057jxydm4603286.node0?codteor=1998270&filename=Parecer-PL804510-26-04-2021>. Não paginado. Acesso em: 12 abr. 2022.

234. Consoante pontua Jorge André de Carvalho Mendonça, “(...) como clareza e precisão total não serão possíveis nem mesmo na lei penal, a elevação do grau de certeza, segurança e previsibilidade das decisões judiciais será alcançada justamente por meio do reconhecimento da atividade criativa do juiz, por mais contraditório que possa parecer. Em outras palavras, ao enunciar a norma, fechando mais as possibilidades de sua aplicação, o juiz também deverá segui-la no futuro, principalmente no Direito Penal, evitando julgamentos aleatórios, diante da gravidade das suas consequências. Se, de um lado, isso confere mais poderes ao Judiciário, de igual forma, limita sua liberdade, porque, uma vez fixada a norma decorrente da decisão judicial, os próprios juízes deverão segui-la, ainda que entendam que a solução não foi a melhor, ou mesmo que tenha sido equivocada. Essa é uma das razões da existência de um sistema de precedentes obrigatórios” (O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 343, jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/902>>. Acesso em: 02 out. 2018.

CPC) e o Código de Processo Penal (art. 315, § 2º, V e VI).

Ao tratar de recursos diversos, o Projeto prevê o julgamento monocrático pelo relator.

No recurso de agravo, o relator “conhecerá do recurso para negar-lhe provimento, em havendo súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido do acórdão recorrido; conhecerá e julgará o mérito quando o agravo estiver em manifesto confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, ou por este ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (incs. II e III do art. 557).

Nos recursos especial e extraordinário, compete ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal recorrido negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal tenha negado a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (art. 582, I), decisão essa que desafia agravo interno (art. 582, parágrafo único, do Projeto).

É previsto, no Capítulo X (Do Processo e do Julgamento dos Recursos nos Tribunais), do Título V (Dos Recursos em Geral) regras gerais aplicáveis a todos os recursos, dispondo o art. 592 que o relator “não conhecerá de recurso intempestivo, manifestamente inadmissível ou prejudicado”²³⁵. Norma complementar contém o Capítulo I (Das Disposições Gerais) do presente título, prescrevendo o art. 551, *caput*, que “verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem”.

Poderá ainda o relator dar ou negar provimento monocraticamente ao recurso com base em súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral ou pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo (art. 593), dispositivo que contém este significado, a despeito da péssima redação²³⁶, que deve ser aprimorada.

235. Houve, portanto, aprimoramento da redação do dispositivo do Anteprojeto e do texto aprovado pelo Senado Federal (PLS 156/2009), que dispunham que o relator “negará seguimento a recurso intempestivo, manifestamente inadmissível ou prejudicado” (arts. 505 e 516, respectivamente). O CPC/2015 também prevê como hipóteses de não conhecimento do recurso a inadmissibilidade ou prejudicialidade (art. 932, III).

236. Eis a redação: “Art. 593. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral ou pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo, o relator poderá dar provimento ao recurso. Havendo súmula ou acórdão

Houve, portanto, restrição do alcance da norma do Anteprojeto e texto aprovado pelo Senado (arts. 506 e 517, respectivamente), que autorizava o julgamento monocrático com base em súmula ou jurisprudência dominante do STF, do STJ ou do próprio tribunal.

Andou bem o parecer do relator em extirpar a vaga expressão “jurisprudência dominante”, que pouco se coaduna com moderna doutrina dos precedentes judiciais. Cochilou, porém, ao manter esse termo no julgamento monocrático do agravo (art. 557, I). Melhor seria que a norma especial se referisse simplesmente à geral, como fez o texto aprovado pelo Senado (art. 478, I).

Ademais, não se harmoniza o tratamento outorgado ao tema pelo Projeto de Lei do Novo CPP com a disciplina do Código de Processo Civil de 2015, que, como se viu (item 4.6.1, *supra*), autoriza o julgamento monocrático com base em súmula (do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal), acórdão em julgamento de recursos excepcionais repetitivos, acórdão em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou Incidente de Assunção de Competência (IAC) (art. 932, IV e V).

Outrossim, autoriza o CPC/2015 o julgamento monocrático pelo relator de conflito de competência (art. 955, parágrafo único), silenciando o Projeto de Lei do Novo CPP a respeito²³⁷.

Calha neste passo reproduzir crítica já feita ao CPC/2015 (item 4.6.1, *supra*), porquanto também aplicável ao Projeto de Lei do Novo CPP, que deveria permitir o julgamento monocrático do relator com base em todos os precedentes arrolados no art. 927 do CPC, devendo também o Projeto conter dispositivo análogo a este, disciplinando de forma mais acurada normas gerais atinentes aos precedentes judiciais (lacuna também existente no CPC, a despeito de estar à frente do Projeto de Lei do Novo CPP neste aspecto).

Não se pode deixar de observar, ainda, que a regulamentação do julgamento monocrático pelo relator no Projeto não ressalva sua aplicabilidade em segundo grau nos casos em que seja necessária a apreciação de questões de fato, hipótese em que imprescindível o julgamento colegiado (consoante anotado no item 4.6.1, *supra*).

Tampouco excepciona sua aplicação aos embargos infringentes (regulamentado nos arts. 569/573 do Projeto), cujo julgamento também é necessariamente colegiado (item 4.6.1, *supra*).

proferido pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral ou pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recurso repetitivo no mesmo sentido do acórdão recorrido, poderá conhecer do agravo para negar provimento ao recurso”.

237. O conflito de competência é tratado no texto do parecer do relator nos arts. 154 a 158.

Acertadamente o parecer do relator manteve a previsão de agravo interno (agora no art. 588), introduzida pelo texto aprovado pelo Senado, cabível em face de decisões monocráticas, tal qual no CPC.

No concernente à repercussão geral, reza o projeto aplicar-se o art. 1.035 do CPC, ressalvando que “o relator poderá modular os efeitos da decisão que reconhece a repercussão geral quando afetar direitos e garantias fundamentais dos acusados, podendo suspender a aplicação da matéria em todos os processos penais” (§ 2º do art. 585).

O dispositivo é mal redigido, mas quis significar a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão que, reconhecendo a repercussão geral da matéria, determina a suspensão dos feitos correlatos (§ 5º do art. 1.035 do CPC).

Ainda sobre a suspensão, no tocante aos recursos repetitivos, dispõe o art. 586, § 1º, do Projeto, que “a decisão de suspensão de que trata o § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil, deve identificar de forma precisa a questão repetitiva e apresentar a semelhança da matéria do recurso sobrestado e daquele identificado como representativo da controvérsia”. Já o § 2º do art. 586 que “a decisão de afetação de que trata o *caput* do art. 1.037 do Código de Processo Civil decidirá sobre a modulação de efeitos quando atingir direitos e garantias fundamentais do acusado por risco de lesão ou dano de difícil reparação, podendo suspender a aplicação da matéria em todos os processos penais”.

Além de recomendarmos redação mais clara do § 2º do art. 585, aviltamos a inaplicabilidade da suspensão (seja nos recursos extraordinários, seja nos recursos repetitivos, seja no IRDR), como expandido anteriormente (itens 4.5.5 e 4.6.2, *supra*), a todos os processos criminais de réus presos ou em que deferidas medidas cautelares constritivas a direitos e garantias fundamentais do acusado, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu, bem como nos processos em que a prescrição estiver próxima.

No tocante ao agravo em recurso extraordinário e em recurso especial, o *caput* do art. 587 do Projeto dispõe que é regulado pelo art. 1.042 do CPC, mas seu parágrafo único preenche lacuna desse Código ao dispor que “quando o agravante demonstrar a existência de motivos para a superação do entendimento de súmula ou acórdão em repercussão geral ou repetitivo, deve o agravo ser admitido e encaminhado ao tribunal superior competente”.

Foi mantida a previsão, feita desde o Anteprojeto, dos embargos de divergência, a fim de pacificar divergência entre turmas do STF e STJ (agora nos arts. 589 e 590).

Finalmente, o parecer do relator introduziu o art. 599 ao Projeto, que reza, da mesma forma que o art. 926, *caput*, do CPC/2015, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Seus parágrafos, à semelhança dos §§ 1º e 2º do art. 927 do CPC, dispõem que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes à sua jurisprudência dominante” (§ 1º), bem assim que “ao editar os enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”.

4.8.3. Nossa proposta de alteração

Além das propostas de alteração de dispositivos do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal feitas no item anterior, propõe-se um redesenho do Projeto que dispense aos precedentes judiciais tratamento correspondente à sua importância, alvitrando-se seja inserido título específico a tratar de normas gerais dos precedentes judiciais no Livro II (Do Processo e dos Procedimentos).

Recomenda-se seja este título localizado após o referente à sentença (Título III) e antes do relativo aos recursos (Título V), podendo, portanto, o tema dos precedentes ser tratado no Título V, passando o dos recursos a possuir o número VI.

Neste título seriam veiculadas disposições gerais referentes aos precedentes judiciais, mantendo-se as específicas concernentes aos respectivos recursos em que forjados precedentes nos capítulos próprios (com as alterações já sugeridas no item anterior, lembrando-se que não nos ativemos, de acordo com o recorte metodológico feito neste trabalho, a questões procedimentais, muito embora diversas observações adicionais pudessem ser feitas possuísse esta obra escopo diverso).

Na arquitetura deste título tomou-se por base (com adaptações e acréscimos que reputamos salutares para o processo penal), as disposições veiculadas no texto do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil aprovado pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), o qual, como visto (item 4.2.2, *supra*), inseriu no projeto capítulo intitulado “Precedente Judicial”, bem como o texto do CPC/2015. Também nos inspiramos na proposta feita por Luís Felipe Schneider Kircher, calcado em Marinoni²³⁸. Na síntese destas normas de cunho geral, foi igualmente incorporado nosso posicionamento acerca dos diversos assuntos tratados ao longo deste trabalho, sendo necessário, portanto, para bem compreender nossa propositura, sua leitura integral.

Eis o teor de nossa proposta. A numeração dos artigos segue a sequencial do parecer do relator que foi utilizado para redação de nossa tese²³⁹.

238. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal. Op. cit.*, p. 142-143.

239. Consoante já anotado, as referências neste trabalho aos artigos específicos do projeto são feitas com base no Parecer da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, de relatoria do Deputado João Campos, apresenta-

TÍTULO V – DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Art. 536. Os tribunais devem manter seus precedentes judiciais uniformes, estáveis, íntegros e coerentes.

Art. 537. Na forma estabelecida no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a seus precedentes, atendo-se às suas circunstâncias fáticas.

Art. 538. Os juízes e tribunais observarão:

I – as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade;

II – as decisões que forjaram os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e em embargos de divergência;

IV – as decisões que forjaram os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – as decisões que forjaram os enunciados de súmula do tribunal aos quais estiverem vinculados.

§ 1º A observância determinada no *caput* deste artigo refere-se às *rationes decidendi* do precedente, correspondentes aos seus fundamentos essenciais e determinantes.

§ 2º Não possuem efeito vinculante as *obiter dicta* do precedente judicial, correspondentes aos fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 3º Precedente arrolado no *caput* deste artigo poderá não ser seguido quando:

I – o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática

do em 26.04.2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0106lkry0aenaf1ndoq057jxydm4603286.node0?codteor=1998270&filename=Parecer-PL804510-26-04-2021>. Acesso em: 12 abr. 2022.

substancialmente distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa;

II – tiver sido objeto de *overruling*, na forma especificada no art. 540.

§ 4º A decisão judicial que não observar os precedentes judiciais dos incs. I a III deste artigo desafia reclamação, na forma estabelecida por este código.

§ 5º O recurso interposto contra decisão em desconformidade com precedente judicial arrolado no *caput* deste artigo enseja o julgamento monocrático pelo relator, na forma estabelecida neste código.

§ 6º O julgamento monocrático referido no parágrafo anterior é cabível apenas quando o recurso envolver matéria exclusivamente de direito.

§ 7º O julgamento monocrático pelo relator não é cabível nos embargos infringentes.

§ 8º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 539. Os precedentes judiciais arrolados no art. 538 possuem eficácia *ex tunc*.

§ 1º Na edição e superação de precedente podem ser modulados seus efeitos no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 2º O precedente judicial não prejudicará a coisa julgada, ressalvada a coisa julgada inconstitucional que desfavoreça o réu.

§ 3º Coisa julgada inconstitucional é a sentença condenatória transitada em julgado fundada em aplicação ou interpretação de lei considerada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 4º A coisa julgada inconstitucional que desfavoreça o réu pode ser desconstituída em revisão criminal.

Art. 540. A superação dos precedentes judiciais arrolados no art. 538:

I – poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese;

II – observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 1º Os efeitos da *overruling* seguem o disposto no art. 539.

§ 2º São tacitamente revogados os precedentes incompatíveis com alterações legislativas.

§ 3º O disposto no inc. I do *caput* deste artigo aplica-se também à formação dos precedentes.

Art. 541. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recurso especial e extraordinário repetitivos.

§ 1º O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

§ 2º No julgamento de casos repetitivos, poderá haver a suspensão, pelo relator, na forma estabelecida por este código, de processos que versem sobre a mesma questão.

§ 3º A suspensão prevista no parágrafo anterior não se aplica a processos:

a) de réus presos;

b) em que deferidas medidas cautelares diversas da prisão constringidas a direitos e garantias fundamentais do acusado, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu;

c) em que a prescrição estiver próxima.

§ 4º A suspensão prevista no § 2º possui prazo máximo de um ano, após o qual os feitos retomarão seu curso.

Art. 542. Não se considera fundamentada a decisão judicial que:

I – limitar-se a invocar precedente judicial sem identificar suas *rationes decidendi* nem demonstrar que o caso sob julgamento a elas se ajusta;

II – deixar de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Sem pretender repetir neste último item todas as nossas conclusões sobre as diversas questões pesquisadas nesta obra, cabe tecer breves considerações justificando essas normas.

Na redação do art. 536, aproveitou-se a norma do art. 926 do CPC, trocando o termo “jurisprudência” por “precedente”, mais preciso.

Os parágrafos do art. 926 do CPC foram reunidos no nosso art. 537, com redação mais sucinta e substituindo “jurisprudência dominante”, termo que, como se constatou (item 4.6.1, *supra*), possui pouco valor científico na teoria geral dos precedentes, pelo vocábulo “precedente”²⁴⁰.

Os precedentes arrolados em nosso art. 538 seguem, em linhas gerais, os do art. 927 do CPC. Conquanto parte da doutrina critique a positivação de rol de precedentes judiciais, que não guarda paralelo com a experiência dos países do *common law*, berço da doutrina dos precedentes judiciais (itens 1.1 e 4.2.3, *supra*), acreditamos que diante do grande número de decisões judiciais de nosso sistema aptas a serem reputadas precedentes judiciais, aliada à sua imprevisibilidade e falta de estabilidade (item 1.6.2, *supra*), importante passo a consolidar a cultura precedentalista afigura-se a eleição, pela lei, dos precedentes judiciais vinculantes ou quase vinculantes, providência que facilitaria seu conhecimento pelos operadores do direito e, por consequência, sua aplicação.

No inc. I foram incluídas as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade (itens 1.8.1 e 4.2.3, *supra*).

Nossos incs. II a IV correspondem aos de mesmo número do art. 927 do CPC.

Na redação dos incs. II, IV e V foi outorgada maior acurácia científica, esclarecendo-se que o efeito vinculante deriva dos precedentes que forjaram as súmulas, e não simplesmente de seus enunciados, porquanto súmula não é precedente (item 1.2.2, *supra*).

No inc. III foram inseridas as decisões dos embargos de divergência, cuja finalidade é pacificar incongruências entre órgãos fracionários de tribunais superiores, tratando-se de recurso, portanto, vocacionado a forjar precedentes judiciais vinculantes.

Necessário que o Projeto discipline o IAC e IRDR, os quais, como estudado, são aplicáveis ao processo penal (consoante estudado nos itens 4.5.4 e 4.5.5). Não cabe, diante do recorte metodológico feito neste estudo, apresentar proposta integral de sua regulamentação no processo penal, mas aludimos às críticas feitas à sua disciplina no CPC, as quais, porém, não esgotam o assunto, visto que neste trabalho não nos ativemos a minúcias procedimentais.

No inc. V, trocamos a imprecisa locução “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, constante do art. 927 do CPC para “as decisões que forjaram os enunciados de súmula do tribunal aos quais estiverem vinculados”, mais acurada e restritiva.

240. Como afirma Alexandre Freitas Câmara, o CPC/2015 perdeu a oportunidade de abolir esta expressão (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Superação da jurisprudência sumulada e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil*. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85).

De fato, o que vincula juízes no exercício do poder jurisdicional, são precedentes judiciais, e não meras orientações (item 4.7, *supra*).

Ademais, a restrição da vinculação dos precedentes de tribunais de segundo grau àqueles que originaram as súmulas melhor contribui para o desenvolvimento da teoria dos precedentes no processo penal, diante do quadro de instabilidade existente no direito pátrio, consoante já estudado.

Com efeito, a redação do inc. V, art. 927 do CPC dificulta até mesmo a identificação de quais seriam os precedentes oriundos de tribunal de segundo grau de jurisdição que possuem algum grau de coercibilidade. Restringir sua vinculação às súmulas, além de tornar mais claro o reconhecimento dos precedentes, contribui para sua estabilidade, dado o quórum qualificado normalmente exigido para sua aprovação (item 4.2.3, *supra*).

Nos parágrafos seguintes, são disciplinados elementos básicos da teoria dos precedentes. A despeito de a disciplina alvitrada ser sujeita à crítica de que algumas dessas normas seriam desnecessárias, por se tratar de matéria a cargo da doutrina (item 4.2.3, *supra*), acreditamos que sua incorporação pela lei, além de estimular melhor estudo do assunto pelos operadores do direito da teoria dos precedentes, já pacifica de antemão muitas questões que poderiam ser objeto de infundáveis debates doutrinários e jurisprudenciais, dando azo, pois, à maior uniformidade da interpretação e aplicação do direito.

São, portanto, legislados termos como *ratio decidendi* (§ 1º), *obiter dictum* (§ 2º), além de distinção (§ 3º) e superação (§§ 3º dos arts. 538 e 540).

A discriminação da força vinculante dos precedentes é dada pelos §§ 4º e 5º do art. 538, suprindo-se, assim, lacuna do art. 927 do CPC, que trata os precedentes como se fossem todos ontologicamente iguais. Não seria equiparável, para exemplificar, a força coercitiva de uma súmula vinculante à das demais súmulas do STF e STJ.

De acordo, portanto, com a tese defendida neste trabalho, a medida da força vinculante dos precedentes judiciais é outorgada pela abreviação da via recursal ordinária (item 4.4, *supra*). A autoridade dos vinculantes é garantida por reclamação (item 4.5.1, *supra*). A dos quase vinculantes, pelo julgamento monocrático do relator (item 4.6.1, *supra*).

Relevante que, além desta previsão geral, o Projeto do CPP também discipline, em capítulo próprio, a reclamação. Fundamental, outrossim, que a reclamação seja ajuizável tão logo seja prolatada a decisão desconforme a precedente vinculante, ao contrário do que dispõe o CPC atualmente, que exige o esgotamento da via recursal ordinária para sua interposição a fim de garantir a observância de acórdãos prolatados em julgamento de recursos excepcionais repetitivos (inc. II do § 5º do art. 988 do CPC/2015), conforme visto no item 4.5.1, *supra*.

Estendeu-se a possibilidade de julgamento monocrático pelo relator como garantia da autoridade de todos os precedentes judiciais inculpidos no art. 538, suprimindo lacuna do Código de Processo Civil, que restringiu essa ferramenta a parte deles (art. 932, IV e V – item 4.6.1, *supra*).

Ainda no tocante ao julgamento monocrático pelo relator, ressaltou-se que, para garantia do duplo grau de jurisdição e princípio da colegialidade, não é aplicável quando o julgamento do recurso envolver reexame de matéria fática, tampouco nos embargos infringentes, cujo julgamento é necessariamente colegiado (§§ 6º e 7º).

O § 8º do art. 538 chamou a atenção para a importância da publicidade dos precedentes, tal qual faz o § 5º do art. 927 do CPC.

O art. 539, incorporando a posição por nós sustentada neste trabalho, disciplinou os efeitos do precedente judicial e sua modulação, seja em sua constituição ou superação, bem como sua relação com a coisa julgada (itens 1.8 e 1.8.1, *supra*).

Previu-se expressamente a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal para desconstituição da coisa julgada inconstitucional, sugerindo-se também alteração da redação do art. 731 do Projeto para inclusão desta hipótese de revisão em inciso adicional.

Alvitra-se também alteração do art. 731 do Projeto para inclusão de possibilidade de revisão criminal quando a sentença afrontar precedente judicial vinculante vigente à época do julgamento que de qualquer modo favoreça o réu.

O art. 540 trouxe normas mínimas a regulamentar a *overruling*, prevendo a ampliação do contraditório para melhor qualidade do debate, além do ônus argumentativo qualificado, em atenção à segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia (item 2.5, *supra*). Supriu-se também lacuna do § 4º do art. 927 do CPC/2015, que se referia a parte dos precedentes inculpidos nesse artigo, englobando nossa proposta todos os precedentes judiciais arrolados pela lei.

Esclareceu a proposta também situarem-se os precedentes em plano hierarquicamente inferior ao da lei (§ 2º), consoante estudado no item 1.7, *supra*.

O art. 541, incorporando o art. 928 do CPC, inicialmente definiu do que trata os casos repetitivos. Foi além do CPC ao disciplinar, com as particularidades já vistas para o processo penal (itens 4.5.5 e 4.6.2), como se deve operar, no curso de seu julgamento, a suspensão de feitos correlatos (§§ 2º a 4º).

Por derradeiro, nosso art. 542, albergando o estatuído no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC, e art. 315, § 2º, V e VI, do CPP, supriu lacuna do art. 539, § 3º, do parecer do relator,

insculpindo exigência de fundamentação aplicável a todas as decisões judiciais, e não apenas às prolatadas em julgamento de recursos²⁴¹.

Longe de pretender trazer solução definitiva para o tema dos precedentes judiciais no processo penal, nossa proposta almeja antes de mais nada acender, nesta seara, debate praticamente inexistente, como se observa pela pouca importância que lhe foi conferida pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, mesmo pelo último parecer do relator, apresentado no ano de 2021, passados já mais de cinco anos de vigência do CPC/2015.

Nossa proposição traz apenas normas mínimas de teoria geral dos precedentes, as quais, se incluídas no projeto e aprovadas, compeliará os operadores do direito a melhor estudar este relevantíssimo tema da ciência do processo e, quiçá, manejá-los de modo mais escorreito.

Importante frisar que o respeito aos precedentes judiciais não se afigura mera opção, mas dever fundamental na concreção de relevantes dogmas jurídicos, notadamente igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança legítima²⁴².

Não nos preocupamos, como frisado diversas vezes ao longo desta obra, com aspectos procedimentais, mas sim em estabelecer normas que encampassem a melhor doutrina acerca da teoria geral dos precedentes judiciais, especialmente adotando como critério para distinção de sua força vinculante a abreviação da via recursal ordinária como garantia de sua autoridade.

Finalmente, cabe concluir, juntamente com Patrícia Perrone Campos Mello e Clara Lacerda Accioly, que

um sistema de precedentes depende, assim, do desenvolvimento de uma nova cultura jurídica, ou da assimilação à cultura existente de novos elementos e de uma nova forma de argumentar, bem como de investimento na capacitação de magistrados, na revisão da formação conferida nas universidades, na reflexão sobre o modo de funcionar dos colegiados nos tribunais e, ainda, da criação de incentivos funcionais. Por outro lado, embora não se implemente um sistema de precedentes vinculantes apenas com instrumentos de coerção, os últimos podem ser fundamentais. Sobre tudo nos

241. Na ensinância de Antonio Scarance Fernandes, “não há dúvida de que a exigência de motivação abrange todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, principalmente quando estas afetem direitos individuais” (*Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 128). Consoante elucidam Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, “a motivação surge como instrumento por meio do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade, a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça” (*As nulidades do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 250).

242. FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57-58; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Precedentes no novo CPC: conseguiremos construir essa cultura? In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 913.

primeiros anos de vigência do CPC/2015, o cabimento de reclamação para cassar decisões que desrespeitem precedentes vinculantes parece essencial para a efetividade do sistema. Temos ainda um longo caminho a percorrer²⁴³.

243. Levando o sistema de precedentes a sério: a Reclamação no STJ e o longo caminho a percorrer. *Op. cit.*, não paginado.

CONCLUSÃO

Ao longo desta obra já foram expostas as conclusões alcançadas, com assunção de posicionamento pessoal acerca das diversas questões discutidas, cabendo agora apenas sintetizar as principais, por capítulo e tópicos, para facilitar a compreensão.

Capítulo 1.

1. Constitui precedente judicial a decisão judicial que, ao solucionar questão de direito, veicula norma geral e representa adicional hermenêutico, servindo de modelo para decisões futuras em casos análogos.
2. O precedente judicial não possui apenas função declaratória do direito, mas constitutiva, sendo sua fonte.
3. São elementos do precedente judicial a *ratio decidendi* (ou *holding*) e o *obiter dictum*. O primeiro é a norma genérica que se extrai do precedente judicial; o segundo é a parte acidental da decisão.
4. Dentre os métodos estudados para separação dos elementos do precedente mostra-se mais adequado o *abstrato normativo*, que outorga mais relevo à norma jurídica extraída do precedente, sem, porém, descuidar dos fatos relevantes debatidos na causa.
5. Os precedentes judiciais, quanto à origem, dividem-se em verticais e horizontais. Os primeiros aplicam-se a órgãos judiciários de hierarquia inferior; os segundos, tão somente ao próprio Tribunal que o criou e seus órgãos respectivos. Os precedentes que quanto à origem são classificados como verticais também possuem eficácia horizontal, vale dizer, devem ser respeitados pelo próprio tribunal emissor (dever de autorreferência).
6. No concernente à eficácia ou força, os precedentes dividem-se em meramente persuasivos, vinculantes e quase vinculantes.
7. A despeito de sedimentada a jurisprudência, sob a égide do CPC/1973, no sentido da não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o CPC/2015 inovou sobre a questão, estabelecendo que a tese firmada em acórdão prolatado em sede de controle concentrado de constitucionalidade, incidente de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência possuem caráter vinculante, ensejando o manejo de reclamação (art. 988, § 4º). Essa mudança legislativa impõe seja o entendimento do Supremo Tribunal Federal assentado revisado.
8. Superprecedentes são aqueles profundamente arraigados no direito e na cultura, diuturnamente invocados e respeitados, não se cogitando de sua superação. No direito pátrio, em que a cultura de respeito aos precedentes ainda está em formação, inexistem precedentes perenes, que poderiam ser considerados superprecedentes.
9. São fundamentos dos precedentes judiciais a economia processual, duração

razoável do processo, isonomia, segurança jurídica e confiança legítima, inserindo-se a temática no estudo da ponderação entre eficiência e garantismo. A plena eficácia desses valores revela-se ainda mais importante na seara penal (tanto material como processual), que lida com bem jurídico dos mais caros à pessoa humana, qual seja, a liberdade.

10. A segurança jurídica possui uma dimensão objetiva (previsibilidade e estabilidade) e outra subjetiva (proteção da confiança), estando infelizmente ausentes no ordenamento jurídico brasileiro a previsibilidade e estabilidade.
11. A criação de precedente judicial vinculante pelo Poder Judiciário não ofende a separação dos poderes, porquanto nessa atividade o Judiciário não cria lei propriamente dita.
12. O efeito vinculante de determinados precedentes judiciais é previsto pela própria lei, razão pela qual não implica qualquer violação ao princípio da legalidade.
13. O sistema de precedentes vinculantes não viola a independência funcional dos magistrados, constituindo ao revés garantia contra a arbitrariedade judicial. Mesmo em processo no qual incidente precedente vinculante está preservada a plena liberdade do magistrado na valoração das provas e avaliação dos fatos, de acordo com seu livre convencimento motivado.
14. O sistema de precedentes vinculantes também não engessa o direito. Realmente, o debate de novas ideias, diante de novo contexto social, político ou econômico, afigura-se não só adequado, mas necessário, nada impedindo (sendo muitas vezes recomendável) revejam os tribunais seus próprios precedentes. A teoria dos precedentes, aliás, prevê instrumentos adequados para evitar sua rigidez excessiva.
15. Além de obrigar o próprio Poder Judiciário, vincula o precedente judicial todos os destinatários da própria norma legal dele objeto, os quais, diante de condutas variadas possíveis em razão das múltiplas interpretações da norma jurídica, devem pautar-se pela interpretação fixada no precedente normativo. Desse modo, conclui-se que os precedentes judiciais vinculam, além do Poder Judiciário, as pessoas físicas, jurídicas (sejam de direito público ou privado), tudo a depender do destinatário da lei interpretada pelo precedente judicial.
16. A Constituição Federal, no que toca às ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e súmulas vinculantes, é clara em estabelecer a vinculação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (arts. 102, § 2º e 103-A), não se olvidando que, no tocante às ações de controle de constitucionalidade referidas, também prescreve a eficácia “contra todos”.
17. O Código de Processo Civil, ao regulamentar o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos repetitivos, dispõe que se versarem sobre matéria relativa à prestação de serviço público, “o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada” (§ 2º do art. 985 e inc. IV do art. 1.040).
18. No tocante ao Poder Legislativo, dúvida não há de que, no exercício de

atividades atípicas, notadamente administrativas, é vinculado aos precedentes normativos, devendo, por exemplo, respeitar a Súmula Vinculante 13, que veda o nepotismo na nomeação de servidores. O mesmo se diga quando o Poder Legislativo exerce função jurisdicional, como faz o Senado Federal ao julgar determinadas autoridades por crime de responsabilidade (art. 52, I e II, da CR).

19. Regra geral, precedentes judiciais não são leis em sentido estrito, situando-se em grau hierárquico inferior ao da lei, podendo, conseqüentemente, ser superado por lei posterior que discipline a matéria de modo diverso. Um precedente judicial não vincula, portanto, o Poder Legislativo no exercício de sua função típica. Essa regra, sem embargo, comporta ressalva. Declarando o Supremo Tribunal Federal determinada lei inconstitucional, não poderia o Poder Legislativo editar validamente outra com o mesmo conteúdo, a qual seria inevitavelmente inconstitucional.
20. Ao contrário do que ocorre com a lei, cujos efeitos são em regra irretroativos, geralmente os precedentes possuem efeitos retroativos (*ex tunc*).
21. Entretanto, pode haver modulação de seus efeitos em atenção aos princípios da segurança jurídica e tutela da confiança legítima quando sua edição surpreender, ou seja, inovar acerca da concepção então vigente.
22. A previsão legal de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado (arts. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999) tem sido acertadamente utilizada pelo STF também no controle difuso.
23. A súmula vinculante segue a regra geral de retroatividade, podendo haver modulação de seus efeitos na forma do art. 4º da Lei 11.417/2006.
24. A regra da retroatividade dos precedentes encontra limite na autoridade da coisa julgada. Se é certo, pois, que determinado precedente pode atingir fatos anteriores a seu estabelecimento, inclusive processos em curso, não menos correto que, havendo coisa julgada material a regra inverte-se, ou seja, prevalece esta em relação ao precedente, *ex vi* do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.
25. Aregra supracitada é excepcionada quando houver coisa julgada inconstitucional, que pode ser revisada se declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal determinada norma jurídica, em sede de controle concentrado ou difuso, independentemente, no último caso, de edição de resolução pelo Senado Federal (art. 52, X, da CR), cuja natureza reputamos ser declaratória, e não desconstitutiva.
26. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei penal material gravosa ao réu são análogos aos de nova lei mais benéfica, seja ela *abolitio criminis* ou *novatio legis in mellius*.
27. Nos casos de norma penal incriminadora declarada inconstitucional, *possível* a revisão dos processos findos, com o ajuizamento de revisão criminal ou de *habeas corpus* para desconstituição do julgado, sendo também viável a extinção da punibilidade, por inexistência do título, pelo juízo da execução (art. 66, II, da LEP, c.c. arts. 2º e 107, III, do CP, em aplicação analógica das duas últimas disposições). Seria igualmente impositivo que, em novo processo, fosse desconsiderada essa condenação anterior para efeito de reincidência,

mesmo que não desconstituída.

28. Raciocínio análogo deve ser aplicado em relação a outras normas penais materiais, como a que estabelece causas de aumento de pena. Reputada inconstitucional, possível a revisão dos processos findos, ou mesmo o seu decote pelo juízo da execução, em aplicação analógica do art. 66, I, da LEP.
29. Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade de lei penal material mais benéfica (como a que estabelece determinada atenuante) são análogos aos de *novatio legis in pejus*, sendo inviável a revisão da coisa julgada.
30. Em se tratando de precedentes em ações de constitucionalidade referentes a normas de caráter processual penal, sua ponderação com a coisa julgada deve ser analisada concretamente tendo em vista o conteúdo da norma julgada incompatível com a constituição.
31. No tocante aos demais precedentes judiciais vinculantes (diversos dos fixados em controle de constitucionalidade), sua retroatividade segue a regra geral, prevalecendo a coisa julgada, não havendo cogitar-se de sua desconstituição, seja via *habeas corpus* ou revisão criminal, sob pena de insegurança jurídica.
32. Possível, porém, o ajuizamento de revisão criminal quando o julgado afrontar precedente judicial vinculante existente à época do julgamento que de qualquer modo favoreça o réu.

Capítulo 2.

33. A invocação do precedente reflete de maneira peculiar na estrutura da argumentação jurídica relativa à interpretação da regra de direito e à sua justificação, seja no âmbito doutrinário ou judicial. Havendo precedente vinculante sobre a matéria em julgamento, mais ágil será a elaboração da respectiva decisão que o aplique, sendo função secundária do precedente vinculante a *economia argumentativa*.
34. Vigê na teoria geral dos precedentes o *princípio a inércia argumentativa*, pelo qual tanto ao magistrado que aplique precedente obrigatório, quanto à parte que o invoque, é dispensada argumentação exaustiva. De outro lado, ao intérprete que negue aplicação a precedente vinculante é exigido ônus argumentativo qualificado.
35. Isso não significa, porém, que a aplicação dos precedentes pode se dar de forma mecânica. Para se reputar fundamentada a decisão, imprescindível a demonstração da similitude fática do caso concreto ao paradigma, constatando-se estar abarcado pela *ratio decidendi* do precedente vinculante. Nos termos do art. 315, § 2º, V, do CPP, e art. 489, § 1º, V, do CPC, não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar a invocar precedente, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento a eles se ajusta.
36. A aplicação obrigatória dos precedentes se relaciona com outro atributo a eles intrínseco – a *autorreferência*, ou seja, havendo precedente sobre determinada

questão, não deve decisão posterior a respeito de caso análogo partir do zero, mas sim, respeitando a integridade do direito, aplicá-lo ao caso concreto. O exercício da jurisdição deve ser realizado institucionalmente, e não de forma isolada.

37. A aplicação dos precedentes, na visão de Dworkin, assemelha-se à escrita de um “romance em cadeia” (*chain novel*), em que cada julgador escreve um capítulo da obra coletiva, sendo imprescindível a consideração do já escrito na elaboração dos acréscimos. O trabalho do juiz, ao decidir, além de constituir autoria do novo capítulo do precedente, também se assemelha ao do crítico literário ao tecer considerações sobre o que já fora assentado. Não é viável distinguir linha divisória precisa entre a etapa interpretativa e os acréscimos pessoais feitos pelo autor seguinte.
38. Na aplicação dos precedentes, tal qual ocorre com as normas jurídicas, pode ocorrer de mais de um precedente ser aplicável ao caso.
39. Na aplicação de precedentes vinculantes, deve-se, pois, perquirir se há precedente contrário. Não havendo, incide o precedente invocado.
40. Havendo precedente conflitante, primeiramente deve-se averiguar se há relação de especialidade entre eles. Positiva a resposta, incide o especial em princípio (com as ressalvas apontadas no item 2.2).
41. Não havendo relação de especialidade, deve-se analisar se há hierarquia entre eles. O superior será aplicável.
42. Se ambos estiverem no mesmo nível hierárquico, e inexistente relação de especialidade, deve o intérprete socorrer-se do critério cronológico, incidindo o mais recente.
43. No processo de aplicação de um precedente, deve-se averiguar a existência de semelhança entre o caso anterior e o atual, extraindo-se do precedente sua *ratio decidendi* (ou *rationes decidendi*) e, na sequência, cotejá-la com o novo caso, perquirindo se entre eles há semelhança de molde a incidir o precedente.
44. Caso se conclua que ao novo caso deve ser aplicada a consequência anterior, havendo, na linguagem do *common law*, *relevant similarity*, o raciocínio empregado foi por *analogia*; se a conclusão for contrária, no sentido de que as consequências jurídicas de ambos os casos devem ser diferentes, o raciocínio empregado foi por *contra-analogia*.
45. Distinção (ou *distinguishing*, na linguagem do *common law*) é a técnica pela qual, a despeito de haver precedente vinculante aparentemente aplicável ao caso em julgamento (*instant case*, *case at hand* ou *in hand*, no vocabulário do *common law*), comparando-se a sua *ratio* com os contornos da nova hipótese, conclui-se não haver semelhança suficiente de molde a ser aplicável a decisão vinculante.
46. Cuida-se de técnica de afastamento do precedente (*departure from precedent*, no jargão do *common law*).
47. O emprego desse instrumento exige análise e fundamentação qualificadas. A distinção deve ser realizada de modo explícito, assumindo o julgador seu

ônus argumentativo, não sendo adequado realizá-la de modo dissimulado, simplesmente ignorando a existência de precedente e decidindo de modo diverso.

48. O precedente vinculante apenas não será aplicado se houver distinção substancial. Diferenças acidentais desautorizam a não aplicação do precedente invocando-se a técnica da distinção.
49. Considerando o juiz que o precedente é inadequado (*bad law*), mas não havendo margem para distingui-lo no caso concreto, e nem tendo ele competência para proceder à sua superação (*overruling*), outro caminho não resta senão aplicar o precedente, sendo salutar, porém, que ressalve seu entendimento pessoal.
50. A distinção é realizada para garantir um dos valores subjacentes ao sistema dos precedentes, qual seja, a igualdade, que impõe tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.
51. Daí porque pode essa técnica ser aplicada por qualquer julgador, mesmo de hierarquia inferior ao órgão que criou o precedente, não sendo, pois, de sua competência exclusiva. Viável, portanto, que juízes de primeiro grau distingam casos sob seu julgamento de precedentes dos tribunais a que vinculados, bem assim dos superiores.
52. A distinção *ampliativa* é a técnica pela qual um precedente vinculante é aplicado a caso posterior por ele não abrangido, havendo expansão do seu conteúdo. Ao contrário, na distinção *restritiva* fatos essenciais são subtraídos da *ratio* do precedente, diminuindo seu âmbito de incidência.
53. Reputa-se *consistente* a distinção realizada corretamente. A distinção feita sem que existam dessemelhanças essenciais entre os casos denomina-se *inconsistente*.
54. As distinções inconsistentes feitas com emprego consistente do princípio institucional da provisoriedade atendem à necessária integridade, apesar de gerar resultado inconsistente com o direito em vigor, sendo, portanto, legitimamente empregadas. A integridade se relaciona não apenas com a consistência do resultado obtido, mas com o emprego consistente de princípios institucionais.
55. A distinção inconsistente pode ser feita de modo legítimo quando a Corte estiver insegura acerca da inadequação do precedente. Ao invés de revogá-lo, como passo provisório é feita uma distinção inconsistente, formulando-se, por exemplo, uma exceção a um nível de generalidade inferior à superação total. A decisão derivada de uma distinção inconsistente passa pelo escrutínio da doutrina e dos operadores do direito em geral, após o que essa posição provisória pode ser ratificada, com a revogação do precedente distinguido, ou mesmo retificada, reafirmando-se o precedente.
56. O emprego de uma distinção inconsistente também pode ser utilizado como técnica para tutelar a confiança legítima, salvaguardando ao menos aqueles que confiaram no precedente. Ao utilizar essa ferramenta, a Corte pode ao mesmo tempo outorgar mais congruência social ao direito, proteger a justificada confiança e diminuir a probabilidade de existência de futura confiança nesse

precedente (pois fora objeto distinção inconsistente), preparando assim o caminho para uma revogação que de outra maneira não seria feita de modo próprio.

57. As distinções inconsistentes se assemelham à técnica da superação (*overruling*), na medida em que implicam o abandono de doutrina estabelecida que não mais atende aos padrões de congruência social e consistência sistêmica. Difere, porém, desse instrumento porquanto a negação que promove é apenas parcial. Normalmente, mesmo após a realização de uma distinção inconsistente, ao menos alguns casos ainda são julgados pelo tribunal com aplicação do precedente distinguido.
58. A distinção inconsistente legítima apenas pode ser realizada pela própria Corte que fixou o precedente vinculante, e não por órgão judiciário de hierarquia inferior. O juízo acerca da adequação, congruência social e consistência sistêmica do precedente, a ensejar dúvida sobre a pertinência de sua revogação, é de competência exclusiva do tribunal que o fixou, não podendo ser usurpado por outro de hierarquia inferior, que não teria competência para revogá-lo. Uma distinção inconsistente feita, portanto, por órgão judiciário de hierarquia inferior seria sempre ilegítima, não restando outro caminho que atendesse à necessária integridade para esse órgão senão a aplicação do precedente obrigatório, ainda que com ressalvas.
59. Tal qual a distinção consistente, a inconsistente legítima deve ser feita de modo explícito, arcando o julgador com seu ônus argumentativo, que também é qualificado, não podendo ser realizada de modo dissimulado. Do contrário, não cumpriria seu papel de alertar a comunidade jurídica acerca da possibilidade de revogação do precedente e submeter o novo entendimento à sua crítica, de fundamental importância para o tribunal averiguar o acerto de seu novel posicionamento.
60. O estudo de casos do direito estadunidense concluiu que se mostraram legítimas as distinções feitas pela *Supreme Court* nos casos *Rasul v. Bush* (2004) e *Arizona v. Gant* (2009).
61. O estudo de casos de direito nacional reputou legítimas as distinções feitas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nos autos de HC 90.795 e HC 83.629/RN, respectivamente, a afastar nestes dois casos a aplicação do precedente estabelecido nos autos de HC 81.611.
62. O estudo da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal alvitrou seja cancelada, porquanto afastada em tantas hipóteses que o Supremo Tribunal Federal pode ser acusado de aplicá-la casuisticamente.
63. A maioria dos precedentes que carecem de congruência social e consistência sistêmica são sujeitos à superação (*overruling*). O manejo desse instrumento, todavia, não seria adequado se o precedente não fosse alvo de substancial crítica da comunidade jurídica. Em outras palavras, a falta de um marcador objetivo a denotar o acerto de sua superação torna a confiança justificada no precedente mais provável. Em situações como esta, uma alternativa à superação é o emprego de uma distinção inconsistente legítima. Outra opção é o emprego da técnica denominada *sinalização* ou *julgamento-alerta* (*signaling*),

- pela qual a Corte segue o precedente, mas avisa que ele não é mais confiável.
64. A sinalização é ferramenta preventiva e intermediária que se diferencia tanto da *distinção* quanto da *superação*, porquanto, ao contrário da primeira, o precedente é aplicado; ao revés da segunda, mantido.
 65. Havendo a sinalização, possível que eventual superação posterior tenha efeitos retroativos, fixando-se como marco inicial a data da decisão que sinalizou a revogação do precedente.
 66. A fim de que atinja seu objetivo preventivo de alertar a comunidade jurídica acerca da possibilidade de superação do precedente, salutar que a decisão que faça uso da sinalização seja clara e precisa, devendo-lhe ser outorgada a maior publicidade possível, especialmente quando a *signaling* integrar os *obiter dicta* do julgado.
 67. Considerando que em nosso ordenamento o sistema precedentalista é incipiente, alvitra-se que a sinalização seja utilizada *cum grano salis*, em hipóteses em que de modo patente se revele imprópria, por deveras abrupta, a superação. Do contrário, melhor o emprego da *overruling*, com modulação de efeitos, cuidando-se, para decisão mais escorreita, socorrer-se de instrumentos de ampliação do debate e contraditório (*e.g.*, admissão de *amici curiae*, pedido de informações aos tribunais inferiores, realização de audiências públicas).
 68. Superação ou revogação de um precedente (*overruling*) é a técnica pela qual um precedente vinculante deixa de sê-lo. Pode ser parcial ou total.
 69. Ao contrário do que se passa na *distinguishing*, na superação o precedente perde sua autoridade. Enquanto a *distinção* é uma forma de emenda, a *overruling* é de revogação.
 70. São princípios institucionais a reger o *overruling*, vale dizer, critérios para o manejo legítimo dessa técnica: a) falta de congruência social e consistência sistêmica do precedente; b) a isonomia e segurança jurídica não sustentam mais sua manutenção.
 71. Como na escrita de um romance em cadeia, muitas vezes a superação de um precedente ocorre paulatinamente, perdendo aos poucos sua coerência social e consistência sistêmica, sendo alvo, inicialmente, de distinção inconsistente, sinalização ou superação antecipada, até que acaba por ter sua *ratio* totalmente superada, ou seja, objeto de *overruling*.
 72. Em outras oportunidades, quando já sacramentadas a sua incongruência social e inconsistência sistêmica, normalmente diante do ataque sofrido por balizada doutrina, o precedente é revogado sem passar pelo caminho supracitado, configurando a aplicação do *overruling* uma curva acentuada em seu curso.
 73. A confiança depositada em um precedente, para evitar sua revogação, a despeito de sua incongruência social e inconsistência sistêmica, deve ser legítima.
 74. Apenas a própria Corte que editou o precedente, ou superior, é que possuem competência para superá-lo. A superação de um precedente por Corte superior é denominada *overruling vertical*. Já a realizada pela Corte que editou o

precedente, *overruling horizontal*.

75. Corte inferior não pode superar precedente de Corte superior. Quando muito, pode aplicar técnica diversa, superação antecipada. A decisão de Corte inferior que não aplica precedente obrigatório de Corte superior incidente no caso traduz erro de julgamento, ensejando sua reforma. Todavia, a maneira pela qual um juízo de grau inferior estimula a superação de um precedente é sua aplicação com ressalvas, técnica que no sistema do *common law* é denominada *disapproval* (desaprovação).
76. No direito pátrio, em que a cultura precedentalista é incipiente, os precedentes são revogados com frequência maior do que a sua estabilidade recomendaria. O contrário ocorre nos EE.UU.AA. e Inglaterra.
77. Exige a superação de um precedente ônus argumentativo *qualificado* (ainda maior que o exigido para a distinção), devendo a Corte explicitar as razões pelas quais o precedente anterior não goza mais de consistência social e sistêmica, ou mesmo demonstrar o erro da decisão anterior (decisão *per incuriam*). Outrossim, deve também ser comprovado que sua revogação implica ônus menor que sua manutenção.
78. Corolário dessa exigência é que seja feita a aplicação da *overruling* de maneira explícita, o que outorga maior transparência e clareza ao processo, além de tutelar a segurança jurídica. Entretanto, não é incomum a revogação implícita, alvo de crítica da doutrina.
79. Importante salientar que a faculdade de superar seus próprios precedentes não pode ser aplicada apenas pela mudança da composição de uma Corte. A técnica tem por pressupostos critérios objetivos, não estando sujeita ao livre talante da convicção pessoal do julgador ou dos membros do colegiado. A mudança da organização da Corte ou de seus membros justificam a rediscussão de precedentes anteriores apenas nas hipóteses em que se demonstre que tal caminho seria percorrido se a feição da Corte continuasse a mesma.
80. Tal qual ocorre com a constituição de um precedente, sua revogação a rigor possui efeitos retroativos, seja porque previsível a mudança (antecedida na maioria dos casos de um caminho no qual o precedente é objeto de distinção inconsistente legítima, sinalização ou superação antecipada), seja por não haver confiança legítima a tutelar (diante de prévia crítica de autorizada doutrina).
81. Factível, porém, que a Corte haja por bem, ao invés de aplicar primeiramente as técnicas suprarreferidas (distinção inconsistente legítima e sinalização), desconstituir desde logo o precedente, mas, a fim de tutelar a segurança jurídica, confiança legítima e evitar surpresa injusta, module seus efeitos, técnica que vem sendo empregada, dentro da história do *common law*, mais recentemente.
82. Na modulação de efeitos há algumas opções. A mais simples, denominada de *prospective overruling* (revogação em prospectiva) é aplicar o novo entendimento ao caso em julgamento e aos fatos análogos ocorridos a partir da data da constituição do novo precedente.
83. Noutra possibilidade, denominada *pure prospective overruling* (superação em prospectiva pura), a regra é aplicável apenas a casos futuros, não incidindo

nem mesmo na hipótese em julgamento.

84. Uma terceira forma de modulação é a prospectiva a termo (*prospective prospective overruling*), pela qual o novo precedente aplica-se a partir de determinada data futura.
85. Há ainda outras possibilidades de modulação, como determinar que a retroação abarcará apenas processos que atingiram determinada etapa procedimental; fixar como data da retroação a da decisão sinalizadora (na qual foi aplicada a técnica da sinalização).
86. A modulação dos efeitos na superação de um precedente, além das virtudes já citadas, não é imune a custos. Entre outras críticas, a modulação de efeitos gera julgamentos inconsistentes, ou seja, não uniformes, visto que ao menos parcela dos casos serão decididos pelo precedente anterior que já foi julgado mau direito (*bad law*).
87. No *common law*, porém, os custos da superação em prospectiva são apenas marginais, pois é empregada em pequena parte do universo de decisões objeto de *overruling*, o que serve de modelo para nosso sistema, em que ainda incipiente a cultura precedentalista.
88. No direito brasileiro, há norma específica a reger a modulação dos efeitos da *overruling*, estatuinto o § 3º do art. 927 do Código de Processo Civil que “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.
89. Apesar do silêncio do Código de Processo Penal a respeito do tema, e bem assim do Projeto de Lei do Novo Código (PL 8.045/2010), além de ser a regra do Código de Processo Civil aplicável analogicamente (art. 3º do CPP), a Lei 13.665/2018 inseriu norma análoga na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), qual seja, art. 23.
90. A Lei que regulamenta a súmula vinculante também dispõe, em seu art. 4º, que ela “tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público”. A despeito de o dispositivo regulamentar sua formação, fora de dúvida que deve ser extensivamente interpretado, aplicando-se também à superação da súmula.
91. Na superação de precedentes não se aplica o quórum exigido para a modulação de efeitos em declarações de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.898/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999), restrito a esta espécie de decisão, seja em controle concentrado ou difuso.
92. A regra da retroatividade do precedente encontra limite na autoridade da coisa julgada, *i.e.*, aplica-se o novo precedente aos fatos anteriores ainda não apreciados definitivamente pelo Poder Judiciário, prevalecendo a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CR) em relação à *overruling*.

93. Os efeitos da superação dos precedentes de direito penal material seguem a regra geral da retroatividade, sendo sujeitos a modulação se presentes os pressupostos para tanto.
94. Entre os partidários da retroatividade da superação dos precedentes em prejuízo do réu, há quem preconize que no caso concreto pode ser reconhecido o erro de proibição (art. 21 do Código Penal), deslocando, logo, a discussão do princípio da legalidade para a culpabilidade, ressalva com a qual concordamos, devendo, contudo, ser analisada a presença excludente de acordo com as particularidades do caso concreto.
95. O Supremo Tribunal Federal considera não seguirem os precedentes penais materiais a regra da retroatividade da lei mais benéfica (ARE 1103954/RJ, j. em 29.05.2018, DJe 04.06.2018). O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu a respeito, julgando ser legítima a execução de sentença penal condenatória por crime tributário sem prévia exigência da constituição definitiva do crédito, na esteira da jurisprudência à época consagrada e apenas posteriormente superada, culminando com a edição da Súmula Vinculante 24 (HC 121.284/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., j. em 25.09.2012, DJe 11.10.2012).
96. Os efeitos da superação dos precedentes processuais penais seguem a mesma regra dos precedentes em geral, de retroatividade, podendo ser modulados se presentes os pressupostos para tanto. E ainda que se cogitasse de equiparação à lei, teriam aplicação imediata, *ex vi* do art. 2º do Código de Processo Penal.
97. A Suprema Corte dos EE.UU.AA., no século XX, ao proceder à *overruling* de precedentes criminais, adotou diferentes tipos de retroatividade. Algumas decisões anunciando novas garantias constitucionais não tiveram nenhum efeito retroativo, o que seus defensores reputaram adequado por tornar a construção judicial do direito menos disruptiva e mais palatável.
98. Já em 1982, no caso *United States v. Johnson*, a maioria da Corte criticou a irretroatividade e reconheceu que a recente jurisprudência deveria ser repensada. Posteriormente, em *Griffith v. Kentucky* (1987), a Suprema Corte decidiu que a integridade da revisão judicial exige que sejam aplicadas novas garantias processuais derivadas de *overruling* retroativamente para todos os casos criminais pendentes de revisão, sob pena de flagrante violação a normas básicas de jurisdição constitucional.
99. Posteriormente, em *Teague v. Lane* (1989), a Suprema Corte decidiu que novas garantias constitucionais devem ser aplicadas retroativamente quando se relacionam ao devido processo legal, constituindo uma regra sem a qual a probabilidade de uma condenação acurada seriamente diminuiria.
100. Em *Whorton v. Bockting* (2007), a Suprema Corte anotou que o único julgado que tem sido considerado retroativo, de acordo com as exceções desenhadas em *Teague*, é a regra inculpada em *Gideon v. Wainwright* (1963), *i.e.*, de obrigatoriedade, pela Décima Quarta Emenda, de nomeação de advogado dativo a réu que não possua condições de constituir um. A retroatividade ocorre, pontuou a Corte, porque a desobediência a essa regra implica alto risco de veredito não confiável.

101. O estudo das sucessivas *overrulings* feitas pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à necessidade de trânsito em julgado para execução penal revelou a instabilidade de nosso sistema precedentalista.
102. Superação antecipada (*anticipatory overruling*) é a técnica pela qual um juízo de grau inferior, antevendo a revogação de um precedente vinculante de Corte Superior, deixa de aplicá-lo, com fundamento justamente nessa iminente *overruling*. A utilização dessa ferramenta é discricionária e não obrigatória.
103. A superação antecipada difere da *distinguishing*, que exige possua o caso atual notas distintivas a ensejar o afastamento do precedente aparentemente incidente. Na revogação antecipada deixa-se de adotar o precedente ao qual o caso se subsume.
104. Diferencia-se da *distinção inconsistente legítima*, que é utilizada pela própria Corte com competência para superação do precedente.
105. A superação antecipada distingue-se também da não aplicação de um precedente por sua revogação implícita pela corte competente, pois nesse caso houve a *overruling*, não sendo mais incidente o precedente. Em outras palavras, a *anticipatory overruling* é realizada por tribunal que não possui competência para operar a *overruling* implícita.
106. A superação antecipada apenas pode ser manejada quando demonstrado, fundamentadamente, estar o precedente em vias de revogação, seja porque objeto de distinções inconsistentes legítimas pelo seu órgão emissor, seja porque assim por ele indicado, com emprego da técnica própria (*signaling*).
107. Admite-se, ainda, ser viável a *anticipatory overruling* quando o precedente vinculante tiver erro evidente, objetivamente aferível, inadvertido e decisivo, seja sobre fato essencial, seja jurídico (decisão *per incuriam*).
108. Na aplicação desse instrumento, deve a Corte inferior, além de se desincumbir do ônus argumentativo qualificado demonstrando seus pressupostos, considerar se a *anticipatory overruling* não causará confusão nos órgãos judiciais e ela inferiores, ou seja, se os juízos de primeiro grau seguirão este julgado ou o precedente estabelecido anteriormente pelo Tribunal superior. Deve também avaliar se a questão não seria mais bem equacionada por inovação legislativa.
109. A *United States Supreme Court* (USSC) ordinariamente não se pronuncia sobre a validade dessa ferramenta, mantendo decisões que a utilizaram ou as reformando, mas apenas em atenção ao seu mérito, sem analisar a legitimidade da *anticipatory overruling*. Em *R. de Quijas v. Shearson/Am. Exp.* (1989), entretanto, a despeito de manter a decisão da corte de apelação, revogando o precedente aplicável ao caso (*Wilko*), censurou o procedimento do juízo *a quo*, declarando que a Corte de Apelação deveria simplesmente aplicar o precedente incidente ao caso, deixando para a Suprema Corte a tarefa de superar suas próprias decisões.
110. A *anticipatory overruling* não é aplicada no direito inglês, diante da maior rigidez da doutrina do *stare decisis* nesse país.
111. A despeito de não ser vedada no direito brasileiro (e tampouco regulamentada),

diante de sua instabilidade torna-se mais difícil prever com segurança a revogação de um precedente vinculante pela Corte competente, de modo que a superação antecipada, no cenário nacional, deve ter aplicação residual e em hipóteses em que absolutamente clara a iminente revogação, sob pena de tornar-se ainda mais instável nosso incipiente sistema precedentalista.

Capítulo 3.

112. Há muitos séculos os modelos de *civil* e *common law* sofrem influências recíprocas. A partir da segunda metade do século XX, porém, acentuaram-se, em cada país, as interferências horizontais, ou seja, de um ordenamento a outro diverso, ainda que integrante de famílias jurídicas distintas, ao contrário do que ocorria anteriormente, em que as principais mudanças eram verticais, vale dizer, dentro de cada ordenamento segundo sua própria linha histórica.
113. A análise feita dos países integrantes das duas famílias jurídicas ocidentais (*common law* – Inglaterra e EE.UU.AA; *civil law* – Itália, Alemanha, França e Espanha) revelou algumas convergências relacionadas aos precedentes judiciais.
114. Os precedentes hodiernamente possuem relevância no processo decisório e desenvolvimento do direito em ambas as tradições, e não apenas no sistema anglo-saxão, independentemente de possuir efeito formal vinculante ou alguma outra força normativa. Outrossim, ambos os sistemas jurídicos permitem mudança e evolução dos precedentes pela atividade judicial. De outro lado, há crescente incremento do direito legislado nos países da tradição do *common law*.
115. O Constitucionalismo, a seu turno, também aproximou as duas tradições jurídicas, figurando em ambas a Constituição no ápice hierárquico normativo, o que redundou tenha o juiz moderno do *civil law* feição muito distinta da figura inanimada concebida pela Revolução Francesa.
116. Diferenças significativas, porém, remanescem entre os dois sistemas.
117. No manejo de precedentes, no *civil law* é outorgada menor importância aos fatos que o forjaram do que nos países do *common law*, o que pode ser explicado pela cultura de se lidar primordialmente com a lei, que constitui uma regra geral e abstrata. O estilo decisório de ambas as famílias é, pois, diverso, sendo no *civil law* dedutivo, silogístico, legalista e magisterial, ao passo que no *common law* é indutivo e discursivo.
118. Outrossim, nos países do *civil law* não se costuma, na análise de um precedente, diferenciar sua *ratio decidendi* do *obiter dictum*.
119. Acresce que nos países do sistema romano-germânico inexistem metodologia sofisticada de emprego de técnicas de afastamento e superação de precedentes, notadamente a *distinguishing* e a *overruling*, o que é em parte tributado à carência de vinculação formal dos precedentes nestes ordenamentos. Disso decorre que muitas vezes um precedente deixa de ser seguido ou é superado sem que se

a ele se faça menção.

120. Ao contrário do que ocorre em países do sistema anglo-saxão, nos integrantes do *civil law* uma única decisão geralmente não configura precedente a ser seguido em casos futuros, exigindo-se uma linha de precedentes ou corrente jurisprudencial consolidada para existir força normativa, ainda que de fato.
121. No *civil law*, juízes de Cortes inferiores não se sentem obrigados a seguir precedentes de Cortes superiores como os magistrados do *common law*, seja porque argumentam não ser o *case law* fonte do direito, seja porque defendem possuir independência funcional.
122. Finalmente, a figura do juiz permanece, no *common law*, central, ao passo que no *civil law* a lei é a pedra de toque da argumentação jurídica, *i.e.*, trata-se de sistema centrado na legislação.
123. Impende considerar que não apenas no que concerne aos precedentes judiciais ambos os sistemas possuem marcantes distinções. Embora não sejam objeto desta obra, circunscrita aos precedentes judiciais, relevante enunciar que essas diferenças se referem primordialmente à formação dos juristas, ao modo de investidura dos juízes, à discricionariedade dos tribunais na escolha dos casos que julgarão e ao papel do júri e da doutrina em cada uma dessas famílias jurídicas, de modo que se pode concluir existir aproximação entre os sistemas, mas persistirem profundas diferenças culturais.

Capítulo 4.

124. O estudo do ordenamento jurídico nacional vigente antes do Código de Processo Civil/2015 constatou que a busca por maior valorização e efetividade dos precedentes judiciais não fora almejada apenas recentemente na história do direito pátrio, iniciando nas Ordenações Manuelinas, de 1513.
125. Um dos pilares do Código de Processo Civil/2015 é a busca por mais segurança jurídica, sendo a instituição do sistema de precedentes o instrumento utilizado para alcançar esta meta.
126. Na tradução para nosso ordenamento de sistema precedentalista e seus diversos institutos, deve-se cuidar para que não haja mera cópia acrítica, sem se considerar as particularidades de nosso sistema. O mero transplante de ferramentas sem critério poderia redundar violação de princípios e regras de nosso sistema, ou mesmo inoperatividade diante da desconformidade do instituto importado com o ordenamento pátrio. De outro lado, deve-se também ter a cautela de, nessa tradução, não haver completa desfiguração do instituto importado, de molde a ser impossível manter seu *nomen juris* original.
127. O Anteprojeto de Lei do Código de Processo Civil, embora não com essa denominação, tratou da teoria geral dos precedentes judiciais no Capítulo I (Disposições Gerais) do Título I (Dos Processos nos Tribunais) do Livro IV (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais). O estudo desses dispositivos concluiu que o Anteprojeto trouxe

parcas disposições sobre a matéria, sequer mencionando o termo precedente, focando mais na jurisprudência e na elaboração de súmulas, a despeito de ser uma tentativa no avanço da consolidação da segurança jurídica e de uma cultura precedentalista.

- 128.O Projeto aprovado pelo Senado Federal (PLS 166/2010), afora a mudança numérica de artigos (882 e 883), trouxe única alteração, introduzindo o condicionante *em principio* antes do imperativo velarão, prescrevendo o art. 882 que “os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência”.
- 129.O Projeto Aprovado pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), inseriu no projeto um capítulo reservado ao “precedente judicial” – (Capítulo XV), do Título I (Do Procedimento Comum), do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença). O deslocamento topográfico do tema, das disposições gerais dos processos nos tribunais, para o livro do processo de conhecimento, cujas normas gerais irradiam para os demais livros do Código, revela a maior importância dada aos precedentes, conclusão reforçada pelo próprio título do capítulo.
- 130.O estudo de seus dispositivos averiguou o aprimoramento outorgado à teoria geral dos precedentes pelo PL 8.046/2010, pois pretendeu insculpir no Código este termo, regulamentando, ainda, diversos de seus aspectos, seja elegendo quais seriam os precedentes obrigatórios, sua parte vinculante, efeitos, além de ferramentas de aplicação e superação.
- 131.O Código sancionado (Lei 13.105/2015) resgatou o Anteprojeto e o texto aprovado pelo Senado no concernente à topografia da teoria geral dos precedentes, tratando-a no Capítulo I (Disposições Gerais), do Título I (Da Ordem dos Processos e dos Processos de Competência Originária dos Tribunais), do Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), nos arts. 926 a 928.
- 132.O Código ficou empobrecido ao retirar capítulo exclusivo, com este *nomen juris*, a tratar dos *precedentes judiciais*, e bem assim ao deslocá-lo do primeiro livro, alterando o texto aprovado pela Câmara. Compreende-se que a razão dessa opção reside na circunstância de serem os precedentes vinculantes derivados dos tribunais.
- 133.O art. 926 é o dispositivo de maior relevância na teoria geral dos precedentes judiciais, institucionalizando deveres (de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência) aptos a construção do *stare decisis* brasileiro, vale dizer, de precedentes judiciais obrigatórios.
- 134.O art. 927, em redação que merece ser criticada, não apenas por ser mais simples que as versões anteriores, mas especialmente por extirpar o termo *precedente* e os princípios anteriormente explicitados (legalidade, segurança jurídica, duração razoável do processo, proteção da confiança e isonomia), elencou decisões que juízes e tribunais deverão observar (e não seguir como constava do texto aprovado pela Câmara).
- 135.Não é essencial ao conceito de precedente seu reconhecimento em retrospectiva,

como acontece nos países do *common law*, em que um precedente vinculante é assim considerado apenas posteriormente à sua edição, nada impedindo, portanto, que sejam considerados precedentes aqueles definidos em lei, como fez o Código de Processo Civil.

136. Critica-se o art. 927 do CPC, entre outras razões, por conferir tratamento idêntico aos precedentes arrolados, sem se realizar a necessária distinção ontológica, especialmente quanto à sua força vinculante.
137. Foram extirpadas no Código aprovado as normas previstas no texto aprovado pela Câmara relativas à *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, além de pormenores da *overruling*. A despeito de nos países do *common law* não estar positivada qualquer regra a respeito da teoria geral dos precedentes, tratando-se de *rules of practice*, a revelar a força de uma cultura jurídica, importante seria, na tentativa de instituição de um sistema precedentalista em nosso ordenamento, que outorga primazia à legislação, a positivação de desenho normativo mais robusto, como pretendeu o PL 8.046/2010, o que facilitaria sua difusão na comunidade jurídica e daria um norte às discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito. A supressão dessas normas reflete receio do legislador na consolidação de sistema precedentalista no Brasil.
138. Os arts. 926, 927, 928 e 489, § 1º, V e VI, do CPC, constituem o núcleo normativo do sistema precedentalista brasileiro.
139. Conquanto não seja a disciplina do CPC/2015 a ideal, merece ser reconhecida a primeira tentativa de sistematização dos precedentes judiciais de molde a valorizá-los e dar maior eficácia aos princípios a esse sistema imanescentes, precipuamente isonomia, duração razoável do processo, segurança jurídica e proteção da confiança legítima. De outro lado, perdeu-se a oportunidade de regulamentação mais profunda.
140. As normas do Código de Processo Civil que instituem o sistema de precedentes, antes de se restringir a esta área do direito, são de sobredireito, buscando dar concreção aos princípios constitucionais da isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança legítima, espalhando-se, pois, para todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito processual penal. Em nosso ordenamento há autorização legislativa para essa aplicação (art. 3º do Código de Processo Penal).
141. A aplicação do sistema de precedentes instituído pelo CPC/2015, porém, não é automática, devendo o intérprete velar para interpretá-las de modo harmônico com o sistema processual penal.
142. A despeito de nos países do *common law* não haver qualquer regra escrita a compelir o julgador a curvar-se aos precedentes vinculantes, tampouco meio de impugnação diferenciado à decisão que o desrespeite, certo é que naquela família jurídica cuida-se de cultura arraigada cujo funcionamento prescinde de qualquer norma cogente ou recurso excepcional.
143. Já no Brasil, integrante do sistema do *civil law*, em que há o primado da lei escrita, geral e abstrata, inexistente cultura de respeito aos precedentes judiciais, os quais, ao contrário, são instáveis e imprevisíveis, gerando insegurança

jurídica.

144. A mera eleição, pela lei, de determinados precedentes vinculantes seria insuficiente à sua obediência pelos órgãos do Poder Judiciário, como inclusive demonstra a prática forense nacional. Em outras palavras, sua mera enunciação, desacompanhada de qualquer mecanismo diferenciado de impugnação a decisão desconforme não alcançaria a almejada observância.
145. Daí porque, para consolidação da cultura precedentista, no estágio em que se encontra o direito nacional, imprescindível equipar o ordenamento com meios de impugnação especiais às decisões que desrespeitem os precedentes judiciais vinculantes.
146. A nota distintiva adequada (ou, na lógica aristotélica, a *diferença específica*) a classificar os precedentes judiciais quanto à sua força vinculante é a abreviação da via recursal ordinária. Classificamos os precedentes judiciais, quanto à sua eficácia, em *meramente persuasivos*, *quase vinculantes* e *vinculantes*.
147. Os meramente persuasivos não possuem qualquer força vinculativa, porquanto a decisão que o desobedeça é sujeita à via recursal ordinária.
148. Os vinculantes (ou normativos) permitem, em caso de não seguimento, rápida desconstituição da decisão respectiva, com o manejo da reclamação, opção esta adotada pelo Código de Processo Civil (art. 988).
149. Já para garantia da autoridade dos precedentes quase vinculantes, a despeito da decisão desarmônica, tão logo seja prolatada, não desafiar reclamação, é possível seja ela manejada após o esgotamento da via recursal ordinária (art. 988, § 5º, II, do CPC), estando prevista ainda alguma outra forma de encurtamento da via recursal comum, como, por exemplo, o julgamento monocrático pelo relator.
150. Pelo Código de Processo Civil aprovado, sancionado e publicado, afiguravam-se, de acordo com a tese ora defendida (de que a autoridade dos precedentes vinculantes é garantia pela reclamação), precedentes vinculantes os disciplinados nos incs. I a III de seu art. 927 (as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; os enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos).
151. A Lei 13.256/2016 alterou o art. 988, cujos incs. III e IV passaram a ter nova redação, sendo cabível reclamação para: a) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.
152. Pela redação atual do Código, portanto, passou a não mais ser cabível o ajuizamento de reclamação tão logo seja prolatada decisão em desconformidade com precedente fixado em recurso extraordinário e especial repetitivos.
153. Essa alteração legislativa merece ser criticada, na medida em que mitigou

sobremaneira a força vinculante dos precedentes supracitados, acarretando, outrossim, quebra do paradigma trazido pelo art. 928 do CPC, porquanto tratou de forma diversa o julgamento dos casos repetitivos.

154. Conquanto não esteja incluída no rol do art. 988, a reclamação contra decisão em contraste com precedente fixado em recurso especial/extraordinário repetitivos foi disciplinada pelo § 5º do mesmo dispositivo legal.
155. A despeito da má redação do referido dispositivo, entendemos desafiar, nos termos da disciplina do Código, decisão que desatenda a precedente fixado em recurso especial/extraordinário repetitivos o ajuizamento de reclamação, mas apenas após o esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, na mesma oportunidade em que podem ser interpostos os recursos excepcionais, não encurtando, portanto, a via recursal ordinária, e pouco repercutindo na via recursal extraordinária, porquanto é possível o julgamento monocrático de recursos especial e extraordinário que desrespeitem precedentes fixados em recursos repetitivos (art. 932, V, 'b', do CPC).
156. Em outras palavras, de acordo com a tese ora defendida, esta alteração legislativa transmudou os precedentes fixados em recursos extraordinários e especial repetitivos de *vinculantes* para *quase vinculantes*.
157. Ocorre que recentemente a Corte Especial do STJ, ao julgar a Reclamação 36.476, decidiu que pela mudança legislativa em comento passou a ser inadmissível o ajuizamento de reclamação em face de decisão em desarmonia com precedente fixado em recurso especial repetitivo.
158. Não comungamos do entendimento da r. decisão, já alvo de crítica por balizada doutrina, e seu teor bem reforça a já apontada mudança da eficácia dos precedentes estatuídos pelos recursos especial/extraordinário repetitivos, que não podem mais ser reputados vinculantes na acepção ora adotada, mas sim quase vinculantes.
159. O entendimento consolidado na Reclamação 36.476 tem por consequência, de um lado, a carência de controle, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da força vinculante de seus precedentes, especialmente porque a decisão que inadmitir recurso especial julgando estar o acórdão em conformidade com entendimento fixado em recurso especial repetitivo desafia apenas o agravo interno (art. 1.030, § 2º e art. 1.042, *caput*, ambos do CPC). A tese esposada no aresto, portanto, está em claro confronto com o perfil constitucional do STJ, de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional (art. 105, III, 'c', da CR), bem assim com os deveres insculpidos no art. 926, *caput*, do CPC. Corre-se o risco de precedentes fixados pelo STJ tornarem-se palavras ao vento.
160. De outro lado, a tese fixada pode redundar em engessamento dos precedentes forjados pelo STJ, porquanto, uma vez estabelecidos, limitada será a gama de recursos que deles tratem que chegará àquela Corte, dificultando a revisão do tema.
161. Insta consignar, ainda, não ser este o entendimento do STF, que tem decidido ser admissível o ajuizamento de reclamação contra decisão que não siga tese decidida em recurso extraordinário repetitivo, condicionando sua admissibilidade

ao esgotamento da via recursal ordinária (Rcl 39305 AgR, Rel. Luiz Fux, 1ª T., j. em 03.04.2020, DJe-097 22.04.2020, Public 23.04.2020), havendo autorizada doutrina no mesmo sentido.

162. Não se desconhece que a consolidação de um sistema precedentalista depende de nova cultura jurídica, cuja instituição requer variados instrumentos, começando pela formação jurídica diferenciada dos operadores do direito. Não menos correto, porém, que em um sistema instável como o nosso o estabelecimento de nova cultura também passa pela implementação de mecanismos de coerção, entre os quais a reclamação parece ser fundamental, afigurando-se o correto *discrimen* a classificar os precedentes vinculantes em nosso ordenamento.
163. Diante da tese ora defendida, são atualmente precedentes vinculantes em nosso direito processual penal os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.
164. Este rol, em nosso entendimento, é taxativo, pois apenas desafia reclamação, tão logo seja prolatada, decisão em desconformidade com esses precedentes. Na realidade, não se trata de discutir a taxatividade do rol do art. 927 do CPC, como faz parcela da doutrina, mas sim em se perquirir quais são os precedentes cuja autoridade é garantida rapidamente pelo ajuizamento de reclamação. Não há obstáculo, contudo, seja futuramente esse rol ampliado pelo legislador, ou ainda que a lei institua instrumento da mesma envergadura e importância que, para garantia da autoridade do precedente, redunde substancial abreviamento da via recursal ordinária, de molde a se poder reputar determinado precedente vinculante. Por ora, o único instrumento desse quilate em nosso sistema processual é a reclamação.
165. Lamenta-se a exclusão, do rol do art. 927 do CPC, das decisões prolatadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade (conforme constava do texto do PL 8.046/2010, aprovado pela Câmara dos Deputados), as quais, a despeito de não constarem expressamente do elenco ventilado, pela interpretação sistemática do nosso ordenamento possuem efeito vinculante *erga omnes*.
166. O Incidente em Assunção de Competência (IAC) é aplicável ao processo penal e pode ser proposto em qualquer tribunal.
167. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) em princípio é aplicável ao processo penal. Como a decisão que o julga desafia recursos excepcionais (art. 987), não é cabível sua instauração no âmbito dos tribunais de superposição (STJ e STF).
168. A previsão de suspensão de feitos correlatos pela admissão do IRDR (art. 982, I) resulta da ponderação dos valores, isonomia e duração razoável do processo, decidindo o legislador que, para garantia do primeiro, razoável seria, até solução do incidente, a suspensão dos feitos que tratassem da matéria. Todavia, suspensão indefinida acabaria por aniquilar a segunda garantia, de molde que a solução encontrada, de limite de um ano para suspensão (art.

980), mostra-se equilibrada.

169. Entendemos que este comando não é incompatível, de forma absoluta, com o processo penal. Ressalvamos, porém, que, ao se determinar a suspensão de feitos de processos penais, devem ser excluídas dessa decisão os processos: a) de réus presos ou nos quais fora deferida medida cautelar de natureza diversa constritiva a direitos e garantias fundamentais do acusado, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu; b) em que a prescrição estiver próxima, uma vez que, à falta de norma específica, a suspensão de feitos pela instauração de IRDR não repercute nos prazos prescricionais, salvo se presente hipótese que se enquadre no art. 116, I, do CP.
170. A suspensão de feitos correlatos não é obrigatória, podendo o relator, tendo em vista as peculiaridades de determinado caso, deixar de determiná-la.
171. A despeito de os precedentes quase vinculantes não contarem, para pronta cassação da decisão desconforme, com o célere instrumento da reclamação, a exemplo do que ocorre com os vinculantes, distinguem-se dos meramente persuasivos, visto que o desrespeito a eles implica mitigação da via recursal ordinária, ensejando o julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV e V, do CPC). Lembre-se ainda que, ao contrário dos meramente persuasivos, permitem o ajuizamento da reclamação após o esgotamento da via recursal ordinária (art. 988, § 5º, II, do CPC).
172. As hipóteses de julgamento monocrático previstas pelo CPC, por excepcionarem a regra da colegialidade, são taxativas. Cabe, pois, apenas o julgamento monocrático de recurso pelo relator quando a questão debatida estiver pacificada por precedente insculpido no art. 932, IV e V, do CPC, comportando, portanto, em face da novel legislação, revisão o verbete da Súmula 568 do STJ e regras regimentais de tribunais que utilizem o vago (e de pouco valor científico) termo “jurisprudência dominante” a possibilitar o julgamento monocrático.
173. É certo que seria mais coerente o Código ter facultado o julgamento monocrático em caso de infringência a qualquer dos precedentes do art. 927, especialmente “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inc. V), que não conta com a reclamação para preservação de sua autoridade (ao contrário dos demais não elencados no art. 932, IV e V, vale dizer, decisões em controle concentrado e constitucionalidade e enunciados de súmula vinculante – incs. I e II do art. 927), mas essa não foi a opção legislativa, de modo que, a despeito de sujeita à crítica acadêmica, deve na praxis forense ser respeitada, não comportando os incisos do art. 932, IV e V, do CPC, interpretação extensiva.
174. O julgamento monocrático trata-se de dever do julgador, em atenção aos princípios da duração razoável do processo e da economia processual.
175. Considerando que o atual Código de Processo Penal não regulamenta os recursos excepcionais, cujo rito é exclusivamente previsto pelo CPC/2015 (diante da revogação da normativa atinente na Lei 8.038/1990), tranquila é a aplicabilidade das disposições do estatuto processual civil ao julgamento monocrático de recursos especial e extraordinário penais, inclusive do agravo

interno para impugnação das decisões do relator, *ex vi* do art. 3º do CPP. E mesmo que se entenda não se aplicar ao processo penal a disciplina do agravo interno do CPC/2015, o art. 39 da Lei 8.038/1990 (que prevê desafiar agravo as decisões monocráticas no âmbito do STF e STJ), continua em vigor.

176. Discussão maior é travada no tocante aos demais recursos previstos pelo Código de Processo Penal e leis penais especiais (apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, correição parcial e embargos de divergência). Neste particular, é necessário ponderar que a aplicabilidade do sistema precedentalista estatuído pelo Código de Processo Civil/2015 implica maior efetividade de princípios de estatura constitucional, notadamente duração razoável do processo, isonomia, segurança jurídica e proteção da confiança, e que os instrumentos previstos para garantia da autoridade dos precedentes (sejam vinculantes ou quase vinculantes) são imprescindíveis à consolidação desse sistema.
177. Decorre dessas premissas a conclusão da aplicabilidade do julgamento monocrático do relator para outros recursos do processo penal, além dos excepcionais. A incidência do sistema precedentalista, todavia, não pode ser feita pela metade, sendo corolário da aplicabilidade do julgamento monocrático pelo relator aos recursos do processo penal a possibilidade de interposição de agravo interno para impugnação das decisões prolatadas pelo relator, sob pena de disfuncionalidade do sistema recursal.
178. Deve-se gizar, entretanto, que o julgamento monocrático pelo relator de recurso no processo penal deve ocorrer apenas quando objeto do recurso questões de direito já pacificadas pelos precedentes arrolados no art. 932, IV e V, do CPC. Se, ao lado destas, forem também trazidas questões de fato, incabível será o julgamento monocrático. Outrossim, mesmo se impugnadas pelo reclamo apenas matéria exclusivamente de direito, sabe-se que no processo penal vigora o princípio *reformatio in melius*, podendo o tribunal, mesmo que discutidas apenas questões de direito, incursionar de ofício no mérito para favorecer o acusado. Vislumbrando hipótese deste *jaez* em que seja necessário o julgamento de questões de fato, deve o relator remeter o feito para julgamento colegiado.
179. O julgamento monocrático, no tocante a recursos penais, não é cabível naqueles em que imprescindível o pronunciamento colegiado, como nos embargos infringentes e de nulidade (cujo pressuposto recursal é o julgamento não unânime de apelação, recurso em sentido estrito e agravo em execução – art. 609, parágrafo único, do CPP).
180. Sumulando, cabível o julgamento monocrático do relator, nas hipóteses do art. 932, IV e V, do Código de Processo Civil, no julgamento de recursos penais extraordinário, especial, apelação, recurso em sentido estrito, agravo em execução, embargos de divergência e correição parcial, desafiando a decisão do relator agravo interno. Também aplicável no julgamento de conflitos de competência (art. 955, parágrafo único, do mesmo Código).
181. São precedentes quase vinculantes no processo penal os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das

súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, além dos enunciados das súmulas dos demais tribunais.

182. No que diz com a suspensão dos feitos correlatos no julgamento de recursos repetitivos, tal qual dissertamos no concernente ao IRDR, não se afigura incompatível com o processo penal. Sem embargo, sustentamos, para plena eficácia da garantia constitucional da duração razoável do processo, ser inaplicável aos processos de réus presos, naqueles em que decretada medida cautelar diversa constritiva a direito fundamental, redundando a demora no julgamento em risco de lesão ou dano de difícil reparação ao réu, ou naqueles feitos em que a prescrição estiver próxima (uma vez que, à falta de norma específica, a suspensão de feitos não reverbera nos prazos prescricionais, salvo se presente hipótese que se enquadre no art. 116, I, do CP).
183. A despeito da controvérsia doutrinária, remansosa a jurisprudência dos tribunais superiores no sentido de que a suspensão ventilada não é automática, tampouco obrigatória, ficando a cargo do relator do recurso paradigma determiná-la ou modulá-la. Sem embargo, não é discricionária, exigindo fundamentação acurada, desafiando essa decisão inclusive agravo interno, em cujo julgamento pode ser revista.
184. Fixa a lei o prazo de um ano para julgamento dos recursos afetados (§ 4º do art. 1.037), estatuindo o Código, originalmente, que superado cessava automaticamente a afetação e a suspensão dos processos, que retomariam seu curso normal (§ 5º do art. 1.037), mas este dispositivo também foi revogado pela Lei 13.256/2016. É certo que, com a superação do prazo, não deveria cessar a afetação, comportando os recursos o julgamento sob o regime dos repetitivos, agindo bem o legislador reformador neste particular. A suspensão, contudo, deveria ser interrompida após um ano, retomando os feitos seu curso, sob pena de ofensa à garantia da duração razoável do processo. Outrossim, a revogação deste dispositivo apenas no tocante aos recursos especiais e extraordinários repetitivos introduziu incoerência sistemática no Código, uma vez que norma análoga ainda está em vigor no tocante ao IRDR (parágrafo único do art. 980). Aviltramos, portanto, seja em atenção à plena eficácia da duração razoável do processo (garantia de estatura constitucional), seja para manter a coerência sistêmica do Código, que deve cessar a suspensão após um ano da decisão de afetação caso não haja julgamento do recurso afetado, ou então que seja mantida apenas em relação aos feitos já em fase de recursos excepcionais.
185. A tese ora defendida, de que a abreviação da via recursal ordinária se afigura o correto *discrímen* a diferenciar a força vinculante dos precedentes judiciais conduz à conclusão de que também são quase vinculantes os precedentes que forjaram não apenas súmulas das cortes de sobreposição, mas também verbetes sumulares dos demais tribunais (não integrantes do rol do art. 927), porquanto o desrespeito a estes autoriza igualmente o julgamento monocrático pelo relator (art. 932, IV e V, do CPC).
186. As decisões judiciais que configuram precedentes judiciais, mas cuja autoridade não é garantida por nenhuma ferramenta de abreviação da via recursal ordinária,

seja a reclamação ou o julgamento monocrático pelo relator (para nos atermos às pertinentes ao processo penal), não podem ser reputados vinculantes ou quase vinculantes, sendo meramente persuasivos.

187. Neste rol incluem-se as decisões prolatadas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais nacionais (inc. V do art. 927 do CPC), bem como os acórdãos que julgam embargos de divergência (regulamentado nos arts. 1.043 e 1.044 do CPC/2015). Lamenta-se não tenha ao menos essa última espécie de acórdão força vinculante.
188. De se considerar que o Supremo Tribunal Federal tem afetado ao plenário casos de maior estatura, muitos dos quais forjam precedentes. Firme, todavia, a jurisprudência no sentido de que manejável a reclamação para garantia de sua autoridade apenas pelas partes desses feitos (vinculadas pela coisa julgada), e não por terceiros para aplicação do precedente forjado, sendo também incabível a reclamação para corrigir afronta a precedente não vinculante (Rcl 46765 AgR, Rel. Dias Toffoli, 1ª T., j. em 23.08.2021, DJe-200 06.10.2021, Public. 07.10.2021; Rcl 46.802 AgR, Rel. Roberto Barroso, 1ª T., j. em 08.06.2021, DJe-118 18.06.2021, Public. 21.06.2021).
189. A despeito da importância de muitos dos referidos precedentes, fato é que a ausência de instrumento apto a abreviar a via recursal ordinária em caso de seu descumprimento desautoriza sejam atualmente reputados vinculantes, sendo possível essa consideração somente *de lege ferenda*.
190. Não se pode deixar de considerar, porém, que estivesse arraigada em nossa cultura jurídica respeito aos precedentes, como ocorre nos países da *common law* com a adoção da regra não escrita da *stare decisis*, cujo desrespeito é tão raro que é desnecessária a previsão do abreviamento da via recursal ordinária para garantir sua autoridade, o inc. V do art. 927 do Código de Processo Civil, dada sua amplitude, seria aquele que mais aproximaria nosso ordenamento dessa concepção.
191. A circunstância de ser aplicável o regime de precedentes instituído pelo CPC/2015 ao processo penal não elimina a necessidade de sua sistematização pelo Novo Código, de acordo com as peculiaridades deste ramo do direito.
192. O Anteprojeto de Lei de Novo Código de Processo Penal data do ano de 2009. A despeito de sua concepção haver sido contemporânea à do Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, o tema relativo aos precedentes passou despercebido pela Comissão, perdendo-se a oportunidade de sistematizá-lo de acordo com a importância que possui modernamente, inclusive para o processo penal.
193. O Anteprojeto deu origem ao PLS 156/2009, o qual tramitou rapidamente no Senado Federal (PLS 156/2009), logrando aprovação em 07.12.2010. Desde então tramita na Câmara dos Deputados (PL 8.045/2010), tendo o último parecer sido apresentado pelo relator da Comissão Especial (Deputado João Campos) em 26.04.2021.
194. Neste parecer, nenhuma justificativa é apresentada concernente aos precedentes judiciais, pontuando apenas que se aprimorou o projeto com

disciplina mais ampla ao recurso repetitivo.

195. É certo que houve alteração de alguns dispositivos do Projeto em atenção ao tratamento outorgado ao tema pelo novo CPC/2015, mas, tal qual concluído na análise da disciplina dos precedentes no Código de Processo Civil, perdeu-se a oportunidade, no Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, de sistematizar o tema de acordo com a sua relevância hodierna. Deveras, parcos e esparsos os dispositivos a tratar dos precedentes no Projeto do Novo CPP.

196. Além de propostas de alteração de dispositivos do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal feitas no item 4.8.2, propõe-se um redesenho do Projeto que dispense aos precedentes judiciais tratamento correspondente à sua importância, alvitando-se seja inserido título específico a tratar de normas gerais dos precedentes judiciais no Livro II (Do Processo e dos Procedimentos). Recomenda-se seja este título localizado após o referente à sentença (Título III) e antes do relativo aos recursos (Título V), podendo, portanto, o tema dos precedentes ser tratado no Título V, passando o dos recursos a possuir o número VI.

197. Neste Título V seriam veiculadas disposições gerais referentes aos precedentes judiciais, mantendo-se as específicas concernentes aos respectivos recursos em que forjados precedentes nos capítulos próprios.

198. Eis o teor de nossa proposta. A numeração dos artigos segue a sequencial do parecer do relator que foi utilizado para a redação de nossa obra.

TÍTULO V – DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Art. 536. Os tribunais devem manter seus precedentes judiciais uniformes, estáveis, íntegros e coerentes.

Art. 537. Na forma estabelecida no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a seus precedentes, atendo-se às suas circunstâncias fáticas.

Art. 538. Os juízes e tribunais observarão:

I – as decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade;

II – as decisões que forjaram os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e em embargos de divergência;

IV – as decisões que forjaram os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria

infraconstitucional;

V – as decisões que forjaram os enunciados de súmula do tribunal aos quais estiverem vinculados.

§ 1º A observância determinada no *caput* deste artigo refere-se às *rationes decidendi* do precedente, correspondentes aos seus fundamentos essenciais e determinantes.

§ 2º Não possuem efeito vinculante as *obiter dicta* do precedente judicial, correspondentes aos fundamentos:

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§ 3º Precedente arrolado no *caput* deste artigo poderá não ser seguido quando:

I – o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática substancialmente distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa;

II – tiver sido objeto de *overruling*, na forma especificada no art. 540.

§ 4º A decisão judicial que não observar os precedentes judiciais dos incs. I a III deste artigo desafia reclamação, na forma estabelecida por este Código.

§ 5º O recurso interposto contra decisão em desconformidade com precedente judicial arrolado no *caput* deste artigo enseja o julgamento monocrático pelo relator, na forma estabelecida neste Código.

§ 6º O julgamento monocrático referido no parágrafo anterior é cabível apenas quando o recurso envolver matéria exclusivamente de direito.

§ 7º O julgamento monocrático pelo relator não é cabível nos embargos infringentes.

§ 8º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 539. Os precedentes judiciais arrolados no art. 538 possuem eficácia *ex tunc*.

§ 1º Na edição e superação de precedente podem ser modulados seus efeitos no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 2º O precedente judicial não prejudicará a coisa julgada, ressalvada a coisa julgada inconstitucional que desfavoreça o réu.

§ 3º Coisa julgada inconstitucional é a sentença condenatória transitada em julgado fundada em aplicação ou interpretação de lei considerada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 4º A coisa julgada inconstitucional que desfavoreça o réu pode ser desconstituída em revisão criminal.

Art. 540. A superação dos precedentes judiciais arrolados no art. 538:

I – poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese;

II – observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 1º Os efeitos da *overruling* seguem o disposto no art. 539.

§ 2º São tacitamente revogados os precedentes incompatíveis com alterações legislativas.

§ 3º O disposto no inc. I do *caput* deste artigo aplica-se também à formação dos precedentes.

Art. 541. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recurso especial e extraordinário repetitivos.

§ 1º O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

§ 2º No julgamento de casos repetitivos, poderá haver a suspensão, pelo relator, na forma estabelecida por este Código, de processos que versem sobre a mesma questão.

§ 3º A suspensão prevista no parágrafo anterior não se aplica a processos:

a) de réus presos;

b) em que deferidas medidas cautelares diversas da prisão constringidas a direitos e garantias fundamentais do acusado, redundando a demora no julgamento em risco de

lesão ou dano de difícil reparação ao réu;

c) em que a prescrição estiver próxima.

§ 4º A suspensão prevista no § 2º possui prazo máximo de um ano, após o qual os feitos retomarão seu curso.

Art. 542. Não se considera fundamentada a decisão judicial que:

I – limitar-se a invocar precedente judicial sem identificar suas *rationes decidendi* nem demonstrar que o caso sob julgamento a elas se ajusta;

II – deixar de seguir precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

199. Necessário que o Projeto discipline o IAC e IRDR, os quais, como estudado, são aplicáveis ao processo penal.

200. Mister também que o Projeto do CPP regulamente, em capítulo próprio, a reclamação. Fundamental, outrossim, que a reclamação seja ajuizável tão logo seja prolatada a decisão desconforme a precedente vinculante, ao contrário do que dispõe o CPC atualmente, que exige o esgotamento da via recursal ordinária para sua interposição a fim de garantir a observância de acórdãos prolatados em julgamento de recursos excepcionais repetitivos (inc. II do § 5º do art. 988 do CPC/2015).

201. Nossa proposta previu expressamente a possibilidade de ajuizamento de revisão criminal para desconstituição da coisa julgada inconstitucional (§ 4º do art. 539), sugerindo-se também alteração da redação do art. 731 do Projeto para inclusão desta hipótese de revisão em inciso adicional.

202. Alvitra-se também alteração do art. 731 do Projeto para inclusão de possibilidade de revisão criminal quando a sentença afrontar precedente judicial vinculante vigente à época do julgamento que de qualquer modo favoreça o réu.

203. Longe de pretender trazer solução definitiva para o tema dos precedentes judiciais no processo penal, nossa proposta almeja antes de mais nada acender, nesta seara, debate praticamente inexistente, como se observa pela pouca importância que lhe foi conferida pelo Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, mesmo pelo último parecer do relator, apresentado no ano de 2021, passados já mais de cinco anos de vigência do CPC/2015.

204. Nossa proposição traz apenas normas mínimas de teoria geral dos precedentes, as quais, se incluídas no projeto e aprovadas, compelirá os operadores do direito a melhor estudar este relevantíssimo tema da ciência do processo e, quiçá, manejá-los de modo mais esmerado.

205. Importante frisar que o respeito aos precedentes judiciais não se afigura mera opção, mas dever fundamental na concreção de relevantes dogmas jurídicos,

notadamente igualdade, segurança jurídica e proteção da confiança legítima.

206. Não nos preocupamos, como frisado, em aspectos procedimentais, mas sim em estabelecer normas que encampassem a melhor doutrina acerca da teoria geral dos precedentes judiciais, especialmente adotando como critério para distinção de sua força vinculante a abreviação da via recursal ordinária como garantia de sua autoridade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Da (im)possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional. *Revista de Direito Privado*, a. 6, n. 23, p. 48-74, jul./set. 2005.

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. O sistema decisório brasileiro em risco: desvelando as inconstitucionalidades do IRDR para possibilitar sua aplicação constitucionalmente adequada nos litígios repetitivos. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 459-493.

ACKERMAN, Bruce. The living constitution. *Harvard Law Review*, Cambridge (Massachusetts), v. 120, n. 7, p. 1.738-1.812, maio 2007.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. 3. ed., 1. reimp. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Lima: Palestra, 2017.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 17-64.

ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de. *Modulação de efeitos temporais na formação e na superação dos precedentes judiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALMEIDA, José Raul Gavião de. A súmula vinculante e a responsabilidade civil. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 161-176.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. *Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos poderes e coerência nas decisões do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2015.

ANFE, Ariana Júlia de Almeida. *Técnicas de utilização de precedentes*. Estudo comparativo: Inglaterra – Estados Unidos – Brasil. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. *Categorias*. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Unesp, 2018.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de; SCHMITZ, Leonard. Ementa. Função indexadora. (Ab) uso mecanizado. Problema Hermenêutico. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 653-678.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 229, p. 377-401, mar. 2014.

_____. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. In DIDIER JR., Fredie; BASTOS, Antonio Adonias Aguiar (Coords.). *O projeto do novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Calmon de Passos*. 2. Série. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 363-410.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACCAGLINI, Laura; PAOLO, Gabriella di; CORTESE, Fulvio. Judicial Precedent in the italian legal system: a shift toward a stare decisis model? *Stanford Law School China Guiding Cases Project*, Stanford, abr. 2017. Disponível em: <<http://cgc.law.stanford.edu/commentaries/19-baccaglioni-di-paolo-cortese>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. A Reclamação aos tribunais no processo penal. In VAZ, Denise Provasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; LOPES, Mariângela Tomé (Orgs.). *Eficiência e garantismo no processo penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 161-179.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; BACHA E SILVA, Diogo. Transcendentalização dos precedentes no novo CPC: equívocos acerca do efeito vinculante. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24-49.

BANKOWSKI, Zenon *et al.* Rationales for precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 481-501.

BANKOWSKI, Zenon; MacCORMICK, D. Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 315-354.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 251-267.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. Precedentes no novo CPC: conseguiremos construir essa cultura? In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 895-914.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 35, p. 5-16, maio/jun. 2005.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 183-213.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARNETT, Randy. It's a Bird, It's a Plane, No, It's Super Precedent: a response do Farber and Gerhardt. *Minnesota Law Journal*, Minneapolis, v. 90, p. 1.232-1.251, 2006. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=facpub>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

BENTHAM, Jeremy. Thruth v. Ashhurst. In: *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: Simpkin, Marshall & Co., 1843, v. 5, p. 233-237.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito*. Lições de propedêutica jurídica tridimensional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the law of England*. Chicago: The University Chicago Press, 1979. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. 3. reimp. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2020.

BORGES, Gregório Cezar; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Coisa julgada inconstitucional: contornos em face da segurança jurídica. *Revista de Processo*, a. 38, v. 221, p. 87-115, jul. 2013.

BRASIL. *Anteprojeto / Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil / Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senadhttp://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296o.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. *Código de Processo Civil: Exposição de motivos*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Precedentes vinculantes e jurisprudência dominante na solução das controvérsias*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 275-297.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de *et al.* (Coord.). *A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, a. 38, v. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CADOPI, Alberto. Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano. *L'indice penale*, Padova, v. 1, n. 1, p. 57-100, jan./abr. 1998.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Súmula vinculante. *Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, a. 13, v. 85, p. 279-295, jan./fev. 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. Superação da jurisprudência sumulada e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 83-118.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 90, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 335-360.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Jurisprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e segurança jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 231, p. 349-363, maio 2014.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 637-662.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 40, v. 248, p. 311-330, out. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 15-49, 2001.

CARDOZO, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARNEIRO JÚNIOR, Amílcar Araújo. *A contribuição dos precedentes judiciais para a efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiros. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 753-775.

CERQUEIRA, Vinícius Nascimento. *Fundamentos da decisão no novo CPC: o contraditório forte e os precedentes*. Jundiaí: Paco, 2014.

CESCA, Brenno Gimenes. *Prova emprestada no processo penal*. Curitiba: Juruá, 2016.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. A força dos precedentes gerados no julgamento das causas repetitivas pelo novo CPC. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 211-230.

_____. A força dos precedentes oriundos do julgamento dos recursos repetitivos segundo a interpretação do STJ. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*.

_____. *A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLOMBO, Giorgio Fabio. Nomophilacy and Beyond – Comparative Reflections on Judicial Precedents by Supreme Jurisdictions in Italy and Japan. *European Journal of Comparative Law and Governance*, Leiden, v. 2, n. 4, p. 281-315, 2015.

CROCE, Marco. Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale. *Contratto e Impresa*, Padova, v. 22, p. 1.114-1.162, 2006.

CRAMER, Ronaldo. A súmula e o sistema de precedentes do novo CPC. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 963-973.

_____. Os poderes do relator e o sistema de precedentes. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*.

_____. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Súmula vinculante em matéria penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 17, n. 81, p. 139-160, nov./dez. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAVI, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

DEUTSCH, Jan G. *Power and precedent: the role of law in the United States*. Lake Mary: Vendaplas Publishing, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 383-397.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. I.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 1.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil. *Jurisprudência Mineira*, Belo Horizonte, v. 65, n. 211, p. 36-46, out./dez. 2014.

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 24, v. 121, p. 251-289, jul. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Súmula vinculante é retrocesso. *Revista Bonijuris*, Curitiba, n. 491, p. 21, out. 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Law's Empire*. Reimpressão da 1. ed. (1986). Oxford: Hart Publishing, 1998.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin Aron. *The nature of the common law*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1988.

ERICKSEN, Lauro. A estruturação das súmulas e precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 181-192, ago. 2013.

ESTADOS UNIDOS. *Constitution of the United States: Analysis and Interpretation*. Washington: Cong. Rsch. Serv. Disponível em: <<https://constitution.congress.gov>>. Acesso em: 07 mar. 2021.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Técnicas de agregação de demandas repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte-americana em busca da eficiência processual*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Comentários sobre a Rcl 36.476/SP: a reclamação como instrumento para garantir a observância dos precedentes vinculantes firmados pelo STF e pelo STJ. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*.

FERRAZ, Tais Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia no julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 782, p. 90-96, dez. 2000.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial Precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis. *Minnesota Legal Studies Research Paper*, n. 07-19, abr. 2004. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=534504>>. Acesso em: 06 maio 2021.

FRANCISCO, José Carlos. Teoria da inconstitucionalidade e recepção. In TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 59-83.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 521-535.

FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 51-82.

FUX, Luiz. Aplicabilidade do Código de Processo Civil ao Direito Processual Penal. In MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Coords.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, v. 1, não paginado. *E-book*.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. A ação de reclamação como instrumento processual no controle da atuação judicante dos tribunais e seu lugar no Novo CPC. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 606-635.

GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

GARNER, Bryan A. *et al.* *The law of judicial precedent*. St. Paul: Thomson Reuters, 2016.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Igualdade y respeto al precedente. *Derechos y libertades – Revista del Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Madrid, v. 1, n. 2, p. 211-227, out./mar. 1993/1994.

GERHARDT, Michael J. *The power of precedent*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

GISMONDI, Rodrigo Altenburg Odebrech Curi. Segurança jurídica e superação de precedentes judiciais: entre retroatividade e prospectividade da nova orientação jurisprudencial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 421, p. 147-189, jan./jun. 2015.

- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GOODHART, Arthur Lehman. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, p. 161-183, dez. 1930. Disponível em: <<http://users.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2018.
- _____. The ratio decidendi of a case. *The Modern Law Review*, London, v. 22, n. 2, p. 117-124, mar. 1959.
- _____. Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*, London, v. 50, n. 1, p. 40-65, jan. 1934.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 491-519.
- GOUVEIA, Luiz Antonio Sampaio; SALGRETTE, Maria Edith Camargo Ramos. Origens e perspectivas dos recursos excepcionais no Brasil: do mero controle de legalidade e da constitucionalidade à função paradigmática dos precedentes judiciais. *Revista Brasileira da Advocacia – RBA*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 109-131, jan./mar. 2017.
- GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 15. ed. Barueri: Atlas, 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HADDAD, Emmanuel Gustavo. *Precedentes judiciais: sistematização e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- HASSEMER, W. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. Tradução de Peter Walter Ashton. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 36, p. 180-197, 1986.
- HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. O IRDR e a formação dos precedentes qualificados no Brasil. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 975-1.022.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, Nova Iorque, v. 51, p. 53-89, 1982. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4600&context=flr>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

KNIJNIK, Danilo; PINTAÚDE, Gabriel. Notas sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais e sua aplicabilidade ao processo penal. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 13, p. 507-524.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes vinculantes e o incremento da eficiência na prestação jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem discuti-la. In CARVALHO FILHO, Antonio; SAMPAIO JÚNIOR, Herval (Orgs.). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 357-371.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistema de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge (Massachussets), v. 45, n. 1, p. 1-64, 2004.

LANZAFAME, Agatino. Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative. Note a margine di Cass. civ., VI, n. 174/2015. *Rivista Giudicium*, Pisa, 2015. Disponível em: <<https://www.giudicium.it/wp-content/uploads/saggi/617/Lanzafame.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

LARA, Ricardo Regis. Sistema jurídico e antinomia de normas. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de Teoria Geral do Direito*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 183-209.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula no STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, jul./set. 1981.

LEMONS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e seus princípios no novo Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 153, p. 137-152, dez. 2015.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: E.J.E.A., 1963. v. I.

LIMA, Manoel Pedro Ribas de. *Precedentes versus ponderação: contradição interna do Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. Primeiras impressões sobre os precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 279-291, abr./jun. 2011.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil: uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, parágrafo único. *Revista do Advogado*, a. 24, n. 84, p. 145-167, dez. 2005.

MacCORMICK, D. Neil. Can stare decisis be abolished? *Juridical Review*, Edinburgh, v. 11, p. 197-213, 1966.

MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Coords.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016.

_____; _____. Further general reflections and conclusions. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 531-561.

MACÊDO, Lucas Buril de. A disciplina dos precedentes judiciais no direito brasileiro: do anteprojeto ao Código de Processo Civil. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 459-490.

_____. Reclamação constitucional e precedentes obrigatórios. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 39, v. 238, p. 413-433, dez. 2014.

_____. O transplante jurídico de técnicas para aplicação dos precedentes – análise específica da transformação (*transformation*), sinalização (*signaling*) e superação antecipada (*anticipatory overruling*). In NUNES, Dirlé; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 679-706.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; SÁNCHEZ GIL, Rubén. Cosa juzgada y precedente en la acción de inconstitucionalidad mexicana. In ELSNER, Gisela. *Anuário de derecho constitucional latinoamericano 2009*. 15. ed. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009. p. 239-260.

MACHADO, Maira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em direito. In FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rebelo (Coords.). *Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, teses e dissertações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, não paginado. *E-book*.

MADEIRA, Daniela. *El papel de los precedentes en el sistema del civil law: análisis de la vinculación de las resoluciones de los tribunales en el proceso civil contemporáneo*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Madri, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. Tese de Titularidade. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINELLI, Marino. I precedenti giudiziari tra obbligatorietà e persuasività: note comparatistiche e riflessioni sparse a margine del nuovo C.P.C. brasiliano e della sua súmula vinculante. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 45, v. 304, p. 317-336, jun. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *E-book*.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 503-517.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Leonardo. Comentário ao art. 5º, *caput*. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 222-229.

MARTINS, Rafael D'Errico. *Aplicação da técnica dos precedentes no sistema processual brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2017.

MARTINS, Willian Stoianov. *Atividade jurisdicional e o sistema de precedentes no Código de Processo Civil*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAZZEI, Rodrigo; CERQUEIRA, Maira Ramos. Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: breves considerações. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 65, p. 165-184, jul./set. 2017.

MAZIERO, Luís Guilherme Soares. *Precedentes judiciais obrigatórios à luz da teoria pura do direito*. Curitiba: Juruá, 2019.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A força obrigatória dos precedentes. In ARRUDA ALVIM, Teresa; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lucio (Coords.). *Novo CPC aplicado visto por processualistas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103-115.

MAZZOTTA, Francesco G. Precedents in Italian Law. *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Michigan, v. 9, n. 1, p. 121-152, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. em *e-book* baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data", ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 23. ed. atual. por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal e os precedentes vinculantes: os desafios impostos pelo novo Código de Processo Civil. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 835-865.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; ACCIOLY, Clara Lacerda. Levando o sistema de precedentes a sério: a Reclamação no STJ e o longo caminho a percorrer. In ARRUDA ALVIM, Teresa *et al.* (Coord.). *O CPC de 2015 Visto pelo STJ*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, não paginado. *E-book*.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Breves considerações sobre o caráter vinculativo da jurisprudência e dos precedentes no artigo 927 do novo Código de Processo Civil. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 119-130.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 569-591.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. *Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. O ativismo judicial em matéria penal e sua relação com o sistema brasileiro de precedentes obrigatórios. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 331-350, jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/902>>. Acesso em: 02 out. 2018.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 259-291.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 37, v. 206, p. 61-78, abr. 2012.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Reclamação nas cortes supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAL SORIANO, Leonor M. Los precedentes del Tribunal Supremo: el acercamiento de la jurisprudencia a la teoría de los precedentes. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 57, p. 119-154, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Uma crítica à teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema processual brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

MORETTI, Thaís Cruvinel. *A valorização dos precedentes judiciais pelo direito processual civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

MORO, Paolo. Sulvalore tópico del precedente giudiziale. In SARRA, Claudio; DALBRENTA, Daniele (Coords.). *Res iudicata: figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*. Padova: Padova University Press, 2013. p. 177-207.

MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação constitucional. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 777-795.

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*. Brasília, v. 2, n. 1, p. 634-354, jan./jun. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. *E-book*.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NOGUEIRA, André Murilo Parente. *Precedentes judiciais na contemporaneidade: eficácia vinculante à luz da teoria tridimensional do direito*. Curitiba: Juruá, 2018.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare decisis et non quita movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- NOVELINO, Marcelo. O papel dos precedentes na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, v. 38, n. 150, p. 111-148, abr./jun. 2017.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- _____. *Código Penal Comentado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- NUNES, Dirlle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 301-333.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 271-303.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- Oxford dictionary of law*. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. Por uma teoria dos precedentes penais: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 246, p. 8-9, maio 2013.
- PANUTO, Peter. *Precedentes judiciais vinculantes: o sistema jurídico-processual brasileiro antes e depois do Código de Processo Civil de 2015*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel. Precedente, jurisprudencia y motivación de las sentencias. *Direito Público*, São Paulo, v. 10, n. 54, p. 79-90, nov./dez. 2013.
- PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 461-479.

PEIXOTO, Ravi. A superação prospectiva de precedentes: em busca de fundamentos e dos requisitos materiais para sua utilização na sistemática de precedentes adotada pelo CPC/2015. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 915-950.

_____. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a duração razoável do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes no processo civil cooperativo. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 663-680.

_____. O modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes no novo Código de Processo Civil de 2015. In DIAS, Luciano Souto (Coord.). *Temas controvertidos no novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 211-228.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESSOA, Thiago Simões. A reclamação como instrumento de unidade do direito brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 13, v. 20, n. 3, p. 575-596, set./dez. 2019.

PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O retrospective overruling in mellius como fundamento para a revisão criminal*. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

POLITANO, Vanessa Chacur. *Aparente tensão entre acesso à justiça e precedentes judiciais: atualização e contextualização dos conceitos*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2016.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. A natureza jurídica da súmula. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 153-183.

_____. O precedente judicial e sua alteração: segurança jurídica e adequação do direito. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 593-608.

PUGLIESE, William. *Precedentes e a civil law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RACY, Vivien. Coisa julgada inconstitucional – uma interpretação acerca de sua flexibilização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 18, n. 73, p. 246-264, out./dez. 2010.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RANGEL, Carlos Eduardo Xavier. *Reclamação constitucional e precedentes judiciais*: contributo a um olhar crítico sobre o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

RE, Richard M. Narrowing precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 114, p. 1.861-1.911, 2014. Disponível em: <<https://columbialawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Re.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Retrocesso penal (editorial). *Folha de S. Paulo*, São Paulo, a. 99, n. 33.092, 09.11.2019, p. A2.

RICHTER, Dagmar. Does International Jurisprudence Matter in Germany: the federal constitutional court's new doctrine of factual precedent. *German Yearbook of International Law*, n. 49, p. 51-76, 2006.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Distinção e revogação de precedentes no direito brasileiro*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos: eficácia, issue preclusion e as teses jurídicas prejudiciais*. Curitiba: Juruá, 2017.

RODRIGUEZA, Eduardo Andres Ferreira. Coisa julgada inconstitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 166, p. 95-111, abr./jun. 2005.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. *Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013.

ROSAS, Roberto. Da súmula à súmula vinculante. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, a. 24, n. 32, p. 189-195, 2008.

ROSSI, Júlio César. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Fundamentos, La estructura e la teoría del delito. Reimpresão da 1. ed. de 1997. Tradução de Diego Manuel Luzón Peña *et al*. Madrid: Thomson Civitas, 2008. t. I.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, p. 144-169, jul./set. 2000.

SANTOS, Silas Silva *et al.* (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: perspectivas da magistratura*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. S.l.: S.n. 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 29 nov. 2018.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction do legal reasoning*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2009.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-28.

SELLERS, Mortimer Newlin Stead. The Doctrine of Precedent in the United States of America (September 3, 2008). *American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 1, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1262933>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

SEMER, Marcelo. Enquanto STF se eleva, outros tribunais são esmagados. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jan-17/enquanto_stf_eleva_outros_tribunais_sao_esmagados>. Acesso em: 28 jan. 2019.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017.

SEVERINO, Joaquim Severino. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A vinculação aos precedentes judiciais: o artigo 927 do novo Código de Processo Civil brasileiro e seus impactos. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 609-633.

SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da. *A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro*. Tese de Doutorado. Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes judiciais no direito republicano. In NUNES, Dirlle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 723-756.

SOUZA, Valmecir José de. A súmula vinculante diante do princípio do livre convencimento do juiz. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, a. 35, n. 117, p. 197-236, abr./jun. 2009.

SPENCER, John. O Processo Penal na Inglaterra. In DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Processo Penal e Direitos do Homem*. Barueri: Manole, 2004.

STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedente in France. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 21-47.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo Código de Processo Civil? In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 160-181.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, George. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 355-405.

SUMMERS, Robert S.; ENG, Svein. Departures from precedent. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 519-530.

TARUFFO, Michele. Aspetti fondamentali del processo civile di civil law e di common law. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 27-48, 2001.

_____. Institutional factors influencing precedents. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 437-460.

_____. Le funzioni delle Corti Supreme tra uniformità e giustizia. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 251-262.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Scientifica, 2007.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 141-188.

TEIXEIRA, Ricardo Augusto de Araújo. Colhendo os frutos da árvore venenosa: formação e uso dos precedentes no Brasil e nos EUA. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 72, p. 189-214, 2010.

TORRES, João Guilherme Gualberto; LIMA, Marcellus Polastrí. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, p. 469-506.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 4.

TRAD, Fábio. A súmula vinculante *pro reo*: um instrumento a favor da liberdade. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, a. 13, n. 152, p. 8, jul. 2005.

TROPER, Michel; CRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Londres: Routledge, 2016. p. 103-140.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 24, n. 78, p. 43-48, set. 2004.

_____. O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante. *Revista do Advogado*, São Paulo, a. 24, n. 75, p. 73-77, abr. 2004.

_____. O regime do precedente judicial no novo CPC. In DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coord.). *Precedentes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 445-457.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In COSTA, José Augusto Fontoura; ARRUDA DE ANDRADE, José Maria; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, 2003. t. 2, p. 1.527-1.564.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Tradução de Flávio Portinho Sirangelo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 218, p. 99-109, abr. 2013.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda; CARMIGNANI, Maria Cristina. O precedente judicial na história do direito luso-brasileiro. In YARSHELL, Flávio Luiz; BEDAQUE, José Roberto; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coords.). *Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 413-423.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dirle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumnn. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: Associação Paulista de Magistrados, 2018. Disponível em: <http://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases*. 2. ed. Boston, Little, Brown & Co., 1894.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A vinculatividade dos precedentes e o ativismo judicial – paradoxo apenas aparente. In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 263-274.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

WILLS, Emma Marie. The Roles of Judges and of Judge-Made Law in English Common Law and the Civil Law Family of Legal Systems. *Anglo-German Law Journal*, v. 3, p. 114-128, 2017.

WOLKART, Erik Navarro. O fetiche dos microssistemas no novo Código de Processo Civil – integrações normativas entre procedimentos para formação dos precedentes e para julgamento de processos repetitivos. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 363-39.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). *Coleção Repercussões do novo CPC: processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 13, p. 453-467.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Poderes do relator e precedentes no CPC/2015: perfil analítico do art. 932, IV e V. In NUNES, Dirle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando Gonzaga. *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 526-544.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; NETO, Alfredo Copetti. Os deveres de coerência e integridade: a mesma face da mesma medalha? A convergência de conteúdo entre Dworkin e MacCORMICK na teoria dos precedentes judiciais normativos e formalmente vinculantes. In STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coords.). *Heremênutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 139-159.

BRENNO GIMENES CESCA - Doutor (2022) e Mestre (2015) em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, Faculdade de Direito do Largo São Francisco). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS, 2002). Juiz de direito (desde 2004), atualmente exercendo o cargo de titular da 2ª Vara Criminal Comarca de São José dos Campos -SP (entrância final). Professor em cursos de pós-graduação. Professor e juiz formador da Escola Paulista da Magistratura (EPM) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Autor de livros e de artigos jurídicos publicados em periódicos especializados.

Link CV lattes: <https://lattes.cnpq.br/6944140884806811>

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

a abreviação da via recursal
ordinária como critério
classificatório de sua
força vinculante

 www.atenaeditora.com.br
 contato@atenaeditora.com.br
 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
 www.facebook.com/atenaeditora.com.br



Atena
Editora
Ano 2023

OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

a abreviação da via recursal
ordinária como critério
classificatório de sua
força vinculante

 www.arenaeditora.com.br
 contato@arenaeditora.com.br
 [@arenaeditora](https://www.instagram.com/arenaeditora)
 www.facebook.com/arenaeditora.com.br


Ano 2023

