



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento ó ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito

MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

**A TEORIA JURÍDICA E A PRÁTICA DOS PRECEDENTES
VINCULANTES NO DIREITO E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Brasília
2019

MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

**A TEORIA JURÍDICA E A PRÁTICA DOS PRECEDENTES
VINCULANTES NO DIREITO E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado em Direito apresentada como
requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor
em Direito do programa de Pós-Graduação do
UniCeub-DF

Área de Concentração: Direito e Políticas Públicas

Linha de Pesquisa: Estado, Políticas Públicas e Domínio Econômico-Social

Prof. Orientador: Dr. Luís Carlos Alves Martins Jr.

**Brasília
2019**

MARCIO EVANGELISTA FERREIRA DA SILVA

**A TEORIA JURÍDICA E A PRÁTICA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO
DIREITO E NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a
obtenção do grau de Doutor em Direito no programa de Pós-
Graduação do UniCeub-DF.

Aprovado em 27/06/2019

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Orientador: Dr. Luís Carlos Alves Martins Júnior
Presidente

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho
Membro Interno

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes
Membro Interno

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes
Membro Externo

Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira
Membro Externo

Silva. Marcio Evangelista Ferreira da.

A teoria e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro./
Marcio Evangelista Ferreira da Silva. O Autor, 2019.

444 f.

Tese (Doutorado) ó Centro Universitário de Brasília Programa de Pós-Graduação do
UniCeub-DF. Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr.

1. Direito Processual. 2. Penal. 3. Sistema Jurídico. 4. *Civil Law*. 5. *Common Law*. 6.
Evolução. 7. Precedentes. Luís Carlos Martins Alves Jr. (Orientador).

CDU:

Dedico o presente estudo a todos os juizes, promotores, defensores públicos, advogados e professores que interpretam o Direito no intuito de garantir segurança jurídica ao cidadão brasileiro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais ó sem os quais eu não seria quem sou hoje.

Agradeço aos amores de minha vida, Giovana, Maria Eduarda e Maria Fernanda ó sem as quais não viveria.

Agradeço aos professores do Uniceub pelos ensinamentos valiosíssimos.

Agradeço aos Excelentíssimos Ministros do Superior Tribunal de Justiça João Otávio de Noronha e Nefi Cordeiro pelo apoio na pesquisa de campo.

Agradeço a todos que, de alguma forma, me auxiliaram na realização do presente estudo, como os servidores da biblioteca do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, os servidores da Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e os funcionários da Secretaria do Doutorado do Uniceub.

Em especial, agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Jr., por guiar-me nessa jornada.

Enfim, a Deus, fonte de tudo.

„Como o crente tem sua fé na divindade, o homem do direito tem uma fé inabalável no direito.“

Rudolf von Jhering

RESUMO

A tese do presente trabalho de pesquisa consiste em analisar se o sistema brasileiro da *civil law* com a teoria e a prática dos precedentes vinculantes, por influência do sistema da *common law*, está evoluindo e se alterando para um sistema híbrido, no qual permanecem as características do direito romano-germânico (*civil law*), mas mitigadas pelas características do direito anglo-saxão (*common law*), garantindo maior segurança jurídica ao sistema brasileiro. O estudo indica que a teoria dos precedentes paulatinamente vem afetando o sistema brasileiro com influência do sistema da *common law*, pois a teoria hermenêutica utilizada para o enfrentamento das questões na *civil law* não são suficientes para garantir a segurança jurídica do sistema penal e processual penal. A pesquisa indica que os estudiosos e profissionais dos direitos penal e processual penal adotam a teoria dos precedentes para fundamentar seus pleitos e decisões, ainda que expressamente não afirmem estarem diante do sistema de precedentes. No estudo analisa-se que o sistema brasileiro evoluiu, contudo não está caminhando para o sistema da *common law*, oriundo do direito inglês ou norte-americano, mas a *civil law* brasileira está sendo alterada, mantendo suas características básicas e incorporando institutos da *common law*. O recorte metodológico privilegia a perspectiva dogmática e a base normativa da pesquisa é o ordenamento jurídico brasileiro. O plano escolhido é centrado na construção de partes separadas por temas e desenvolvidas de modo progressivo e relacionado. Sob o ponto de vista histórico, pretende-se demonstrar como e quando a teoria dos precedentes surgiu e se desenvolveu no direito da *common law* e da *civil law*. Sob o ponto de vista axiológico, pretende-se demonstrar se existe conexão entre a evolução do Direito, a teoria dos precedentes e a segurança jurídica do sistema de direito brasileiro. Sob o ponto de vista jurídico-dogmático, pretende-se apresentar o que é e quais são as exigências que decorrem de um sistema jurídico que adota a teoria dos precedentes vinculantes. A pesquisa realizada para a tese foi separada por temas, analisando-se os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, o precedente judicial na literatura, a evolução do sistema jurídico brasileiro, os *reports* no sistema jurídico brasileiro, a *civil law* e a segurança jurídica no Brasil, o processo penal brasileiro e a teoria dos precedentes, a coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro na teoria dos precedentes, o julgamento pelos magistrados da corte de precedentes do Brasil, a estabilização dos direitos penal e processual penal pela teoria dos precedentes e, por fim, nas considerações finais, são apresentados os argumentos no sentido de que o sistema brasileiro está evoluindo, garantindo maior segurança jurídica com a teoria dos precedentes nos direitos penal e processual penal.

Palavras-chaves: *Civil Law*. *Common Law*. Direito Processual. Evolução. Jurídico. Penal. Precedentes. Sistema.

ABSTRACT

The thesis of the present research work is to analyze if the Brazilian civil law system with the theory and practice of binding precedents, by influence of the common law system, is evolving and changing to a hybrid system, in which the characteristics remain (civil law), but mitigated by the characteristics of Anglo-Saxon law (common law), ensuring greater legal certainty to the system. The study points out that the theory of precedents has been affecting the Brazilian system with influence of the common law system, since the hermeneutical theory used to confront the issues in civil law are not enough to guarantee the legal certainty of the criminal and criminal procedural system. The research indicates that scholars and applicators of criminal law and criminal procedure adopt the theory of precedents to base their lawsuits and decisions, even though they expressly do not claim to be before the system of precedents. In the study, it is analyzed that the Brazilian system has evolved, but it is not moving towards the common law system coming from English or North American law, but the Brazilian civil law is being changed, maintaining its basic characteristics and incorporating common law institutes. The methodological clipping privileges the dogmatic perspective and the normative base of the research is the Brazilian legal order. The chosen plan is centered on the construction of parts separated by themes and developed in a progressive and related way. From a historical point of view, it is intended to point out how and when the theory of precedents arose and developed in common law and civil law. From the axiological point of view, it is tried to demonstrate if there is a connection between the evolution of law, the theory of precedents and the legal certainty of the Brazilian legal system. From the juridical-dogmatic point of view, it is intended to present what is and what are the requirements that derive from a legal system that adopts the theory of binding precedents. The research carried out for the thesis was separated by themes, analyzing the legal systems of civil law and common law, the judicial precedent in the literature, the evolution of the Brazilian legal system, the reports in the Brazilian legal system, civil law and Brazilian criminal procedure and precedent theory, the thing judged in Brazilian criminal law and criminal procedure in the theory of precedents, the trial by Brazilian court magistrates of precedents, the stabilization of criminal law and criminal procedure by the theory of precedents and, finally, in the final considerations are presented the arguments in the sense that the Brazilian system is evolving guaranteeing greater legal certainty with the theory of precedents in criminal and procedural criminal law.

Keywords: Procedural Law. Criminal. Juridical system. Civil Law. Common Law. Precedents.

RIASSUNTO

La tesi del presente lavoro di ricerca è di analizzare se il sistema del *civil law* brasiliano con la teoria e la pratica dei precedenti vincolanti, per influenza del sistema di *common law*, si evolve e si trasforma in un sistema ibrido, in cui le caratteristiche rimangono (*civil law*), ma mitigato dalle caratteristiche della legge anglosassone (*common law*), garantendo maggiore certezza giuridica al sistema. Lo studio sottolinea che la teoria dei precedenti ha influenzato il sistema brasiliano con l'influenza del sistema di *common law*, dal momento che la teoria ermeneutica utilizzata per affrontare le questioni nel *civil law* non è sufficiente a garantire la certezza legale del sistema procedurale criminale. La ricerca indica che gli studiosi e gli applicatori del diritto penale e della procedura penale adottano la teoria dei precedenti per basare le loro azioni legali e le loro decisioni, anche se espressamente non pretendono di essere di fronte al sistema dei precedenti. Nello studio, si analizza che il sistema brasiliano si è evoluto, ma non si sta spostando verso il sistema di *common law* proveniente dalla legge inglese o nordamericana, ma la *civil law* brasiliana viene cambiata, mantenendo le sue caratteristiche di base e incorporando istituti di *common law*. Il ritaglio metodologico privilegia la prospettiva dogmatica e la base normativa della ricerca è l'ordinamento giuridico brasiliano. Il piano scelto è centrato sulla costruzione di parti separate da temi e sviluppate in modo progressivo e correlato. Da un punto di vista storico, si intende sottolineare come e quando la teoria dei precedenti è sorta e sviluppata nel *common law* e nel *civil law*. Dal punto di vista assiologico, si cerca di dimostrare se esiste una connessione tra l'evoluzione del diritto, la teoria dei precedenti e la certezza giuridica del sistema legale brasiliano. Dal punto di vista giuridico-dogmatico, si intende presentare ciò che è e quali sono i requisiti che derivano da un sistema legale che adotta la teoria dei precedenti vincolanti. La ricerca svolta per la tesi è stata suddivisa per temi, analizzando i sistemi legali di *civil law* e di *common law*, il precedente giudiziario in letteratura, l'evoluzione dell'ordinamento giuridico brasiliano, i *reports* nell'ordinamento giuridico brasiliano, il diritto civile e Procedura criminale brasiliana e teoria dei precedenti, la cosa giudicata in diritto penale e procedimenti penali brasiliani nella teoria dei precedenti, il processo da parte di magistrati di corte brasiliani di precedenti, la stabilizzazione del diritto penale e la procedura penale da parte teoria dei precedenti e, infine, nelle considerazioni finali vengono presentate le argomentazioni nel senso che il sistema brasiliano si sta evolvendo garantendo maggiore certezza del diritto con la teoria dei precedenti nel diritto penale processuale e penale.

Parole chiave: Legge procedurale. Criminale. Sistema legale. *Civil Law*. *Common Law*. Precedenti.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DA <i>CIVIL LAW</i> E DA <i>COMMON LAW</i>	25
2.1 O sistema jurídico da <i>civil law</i>	27
2.2 O sistema jurídico da <i>common law</i>	39
2.3 Considerações parciais	58
3 O PRECEDENTE JUDICIAL NA LITERATURA	61
3.1 A teoria dos precedentes	63
3.2 O precedente e sua força persuasiva	86
3.3 O precedente e sua força vinculativa	88
3.4 A <i>ratio decidendi</i> na estrutura do precedente	94
3.5 A <i>obiter dictum</i> na estrutura do precedente	99
3.6 O precedente no direito brasileiro	101
3.7 Considerações parciais	127
4 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	130
4.1 A evolução do direito	133
4.2 A interpretação como forma de evolução do direito	137
4.3 A jurisprudência como forma de evolução do direito	139
4.4 A evolução do direito nas novas legislações brasileiras	147
4.5 Considerações parciais	155
5 OS <i>REPORTS</i> NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	157
5.1 O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e os <i>Reports</i>	163
5.2 Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça e os <i>Reports</i>	168
5.3 Considerações parciais	170
6 A <i>CIVIL LAW</i> E A SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL	173
6.1 Segurança jurídica e certeza do direito	176
6.2 Segurança jurídica e previsibilidade	185
6.3 A insegurança jurídica na interpretação do Direito Penal brasileiro	189
6.4 Hermenêutica e interpretação dos tipos penais brasileiros	195
6.5 A ambiguidade e a interpretação do enunciado normativo	201
6.6 A hermenêutica nos julgamentos pelo Poder Judiciário	207
6.7 Considerações parciais	217

7 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DOS PRECEDENTES	220
7.1 O direito processual penal	221
7.2 A Constituição Federal brasileira e o processo penal	227
7.3 O Brasil e o processo penal	238
7.4 A norma processual penal	240
7.5 Os códigos de processo penal e civil	242
7.6 Os precedentes e o processo penal brasileiro	245
7.7 Considerações parciais	257
8 A COISA JULGADA NOS DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NA TEORIA DOS PRECEDENTES	259
8.1 A coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro	261
8.2 A Revisão Criminal, o <i>Habeas Corpus</i> e a mitigação da coisa julgada	275
8.3 A teoria dos precedentes e a coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro: uma nova mitigação	286
8.4 Considerações parciais	294
9 O JULGAMENTO PELOS MAGISTRADOS DA CORTE DE PRECEDENTES DO BRASIL	296
9.1 A Corte de Precedentes brasileira	301
9.2 A pesquisa com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça	303
9.3 A pesquisa dos julgados da Corte de Precedentes do Brasil	311
9.3.1 Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça	312
9.3.2 Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça	313
9.4 Considerações parciais	315
10 A ESTABILIZAÇÃO DOS DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL PELA TEORIA DOS PRECEDENTES	317
10.1 Julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal	319
10.1.1 A criminalização da homofobia ó Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4.733 ó Supremo Tribunal Federal	320
10.1.2 A propositura da ação penal em caso de transação penal e seu descumprimento ó Tema 238 ó Supremo Tribunal Federal	353
10.1.3 Os efeitos penais da sentença homologatória de transação penal ó Tema 187 ó Supremo Tribunal Federal	357
10.2 Julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça	361

10.2.1 A aplicação do princípio da consunção no direito penal brasileiro ó Tema 933 ó Superior Tribunal de Justiça	361
10.2.2 O furto privilegiado e qualificado previsto no artigo 155, §§ 2º e 4º do Código Penal brasileiro ó Tema 561 ó Superior Tribunal de Justiça	365
10.2.3 A fixação da penal abaixo do mínimo legal ó Tema 190 ó Superior Tribunal de Justiça	369
10.2.4 A consumação do crime de roubo ó Tema 916 ó Superior Tribunal de Justiça	372
10.2.5 A ação penal no crime de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica ó Tema 177 ó Superior Tribunal de Justiça	375
10.2.6 O estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro ó Tema 918 ó Superior Tribunal de Justiça	379
10.3 Considerações parciais	385
CONSIDERAÇÕES FINAIS	388
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	412
ANEXO	441

1 INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa escolhido tem causado uma verdadeira evolução no sistema penal e processual penal brasileiro, qual seja, a teoria dos precedentes no sistema da *civil law* brasileira e, como ãoã há revolução com verbalismos, nem tampouco com ativismo, mas com práxis, portanto, com reflexão e ação incidindo sobre as estruturas a serem transformadasö (FREIRE, 1987, p. 38), a pesquisa tem o intuito de demonstrar como a teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes têm afetado os julgamentos nos direitos penal e processual penal brasileiro.

A escolha do tema se justifica pela atualidade, bem como pela dificuldade em compreendê-lo. Mas justifica-se também pela necessidade do reexame da temática diante da evolução dos sistemas jurídicos mundiais. Há quem sustente que houve uma evolução no direito brasileiro, pois, com a lei, agregou-se a jurisprudência e, com o advento de novas leis, incorporou-se o direito dos precedentes vinculantes com eficácia horizontal e vertical.

O problema inicial da pesquisa pode ser apresentado nos seguintes termos: **Como a teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes têm afetado os julgamentos nos direitos penal e processual penal brasileiro?**

As hipóteses iniciais ó depois de uma pesquisa exploratória tanto na literatura sobre o tema como na prática judicial da corte suprema e da corte de precedentes do direito brasileiro (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente) ó são três:

A primeira: **a teoria dos precedentes paulatinamente vem afetando o sistema brasileiro com influência do sistema da *common law*, pois a teoria hermenêutica utilizada para o enfrentamento das questões na *civil law* não são suficientes para garantir a segurança jurídica do sistema penal e processual penal.**

A segunda: **os estudiosos e os práticos dos direitos penal e processual penal lançam mão da teoria dos precedentes para fundamentar seus pleitos e decisões, ainda que expressamente não afirmem estarem diante do sistema de precedentes.**

A terceira e última hipótese: **o sistema brasileiro evoluiu, contudo não está caminhando para o sistema da *common law*, oriundo do direito inglês ou norte-americano,**

mas a *civil law* brasileira está sendo alterada, mantendo suas características básicas e incorporando institutos da *common law*.

Apresentada a problemática e suas hipóteses plausíveis, a tese que se propõe a comprovar é a seguinte: **O sistema brasileiro da *civil law*, com a teoria e a prática dos precedentes vinculantes (por influência do sistema da *common law*), está evoluindo e se alterando para um sistema híbrido, no qual permanecem as características do direito romano-germânico (*civil law*), mas mitigadas pelas características do direito anglo-saxão (*common law*), garantindo maior segurança jurídica ao sistema brasileiro.**

O interesse sobre o tema surgiu quando críticas foram lançadas à implantação, no Brasil, de instrumentos vinculantes. Com efeito, muitos foram contra o mecanismo que foi introduzido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, mas um deles foi ácido, confira-se:

[...] pretende-se implantar no Brasil com a súmula vinculante, um sucedâneo ~~tipiniquim~~ para o *stare decisis* do sistema jurídico da *common law*, aplicável notadamente nos EUA e na Grã-Bretanha. Tenciona-se com ela atribuir às decisões jurisprudenciais num sistema legalista e codificado qual o nosso, uma força e obediência que são próprias de um outro sistema de primado jurisprudencial e caráter consuetudinário [...] (DINIZ, 1999, p. 1).

Verificou-se ainda que:

[...] não obstante as importantes diferenças entre o ordenamento jurídico brasileiro e o sistema do *common law*, observa-se que, uma vez admitida a necessidade de garantir o cidadão frente à aleatoriedade da jurisprudência, os institutos existentes naqueles ordenamentos podem fornecer significativas e úteis diretrizes de garantia a serem utilizadas também aqui. É que, no sistema do *common law*, ao ser atribuído à jurisprudência um papel criativo no direito, foram criados mecanismos que, ao invés de diminuir, aumentaram as garantias que são dadas ao indivíduo frente às alterações jurisprudenciais [...] (GOMES, 2008, p. 172).

A pesquisa demonstrou que o exegeta, utilizando-se de fundamentos não previstos na *civil law*, ao interpretar complementando a tarefa do legislador, estaria diante da aplicação do sistema de precedentes com influência da *common law*. Portanto, o estudo pretende demonstrar a evolução do sistema jurídico brasileiro influenciada pela *common law* com a formação de um sistema híbrido, ou sistema de jurisdições mistas, que garante maior segurança jurídica do sistema brasileiro, pois há mutações e mútuas influências entre os ordenamentos (FUX, 2018, p. 13).

Como recorte metodológico optou-se pela literatura do direito brasileiro, mas também serão analisadas a literatura do direito inglês e norte-americano, bem como literatura do direito

português, italiano e espanhol¹. No entanto, também serão analisadas a literatura dos países da América Latina, diante da similitude com o sistema brasileiro.

Sob essa ótica, privilegia-se a perspectiva dogmática, pois o exame centra-se na ênfase e na justificativa de sua importância. A base normativa da pesquisa é o ordenamento jurídico brasileiro, como visto acima, mas em especial a Constituição Federal de 1988, os Códigos Penal, Processual Penal e Processual Civil. No entanto, nada impede, tendo como objetivo o esclarecimento do tema, que se visite literatura estrangeira, mormente do direito inglês, norte-americano, europeu e da América Latina.

O plano escolhido para o presente estudo é centrado na construção de partes separadas por temas e desenvolvidas de modo progressivo e relacionado. Sob o ponto de vista histórico, pretende-se demonstrar como e quando a teoria dos precedentes surgiu e se desenvolveu no direito da *common law* e da *civil law*. Sob o ponto de vista axiológico, pretende-se demonstrar se existe conexão entre a evolução do direito, a teoria dos precedentes e a segurança jurídica do sistema de direito brasileiro. Sob o ponto de vista jurídico-dogmático, pretende-se apresentar o que é e quais são as exigências que decorrem de um sistema jurídico que adota a teoria dos precedentes vinculantes.

Assim, a pesquisa inicial recai sobre a teoria dos precedentes na literatura brasileira e estrangeira. É sabido que a importância do tema precedentes se revela pelo apego ao passado. O direito é uma das áreas que mais se apega ao passado, à história dos costumes, da prática e dos textos antigos, razão pela qual a interpretação é utilizada como método de resgate dos fatos históricos. Tal aspecto é presente pelo receio das inovações e dos rompimentos de paradigmas, dificultando, assim, a evolução científica, econômica e pragmática. No entanto, a teoria do direito deve se conciliar com a história e evoluir como toda ciência. A história não deve ser considerada como um conjunto de eventos, mas como uma remessa ao passado para que seja possível interpretá-lo e explicá-lo. Mas deve-se realizar uma advertência ao interpretar o passado, qual seja, pode-se encontrar entraves na história que o impeça de enfrentar os desafios do presente e do futuro (POSNER, 2007, p. 167-169).

Mas o passado não pode ser entrave, deve servir para o desenvolvimento, deve voltar-se ao poder plástico que é a capacidade do indivíduo de desenvolver-se, pois os juízes ao interpretar reescrevem a história e a existência de leis com elementos normativos abertos,

princípios constitucionais de forma genérica, possibilitam a eles a adaptação ao direito atual, afastando a incidência de leis e precedentes obsoletos (POSNER, 2007, p. 186).

Assim, há necessidade de, sem esquecer o passado, atuar no presente e apontar para o futuro. Nesse contexto, o Brasil e países da América Latina que adotam o sistema jurídico oriundo da *civil law* estão passando por alterações em seu sistema, pois estão dando maior ênfase aos precedentes. Isso tem ocorrido devido à fragilidade do Poder Legislativo dos países latinos, sendo um desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, cabendo a ele apresentar respostas à sociedade (ATIENZA, 2017, p. 1).

Ora, atualmente não há como não reconhecer a importância dos precedentes e da jurisprudência na aplicação do direito moderno. Com o passar do tempo, a utilização do precedente não é mais uma característica da *common law*, pois modernamente está entranhado nos sistemas da *civil law*. Há uma verdadeira alteração em andamento nos dois sistemas, pois a *common law* utiliza-se do sistema da lei escrita com matérias inteiras codificadas, enquanto na *civil law* o uso do precedente é amplo. Tal ocorre pelo fato de que tanto o jurista teórico quanto o prático lançam mão do precedente para seu mister. Com efeito, o teórico invoca o precedente para realizar a interpretação da regra do direito tanto na área literária quanto na judicial. O prático, ao iniciar suas pesquisas, adota a ferramenta que está mais próxima, qual seja, a base de dados, o repertório de precedentes (TARUFFO, 2014, p. 1-2).

Ainda a título de introdução, a adoção da teoria dos precedentes no Brasil funda-se, primordialmente, nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade e, assim, é necessário apontar quais seriam tais fundamentos constitucionais e legais para se adotar no Brasil a citada teoria. No presente estudo, será demonstrado que atualmente há fundamentos normativos para sustentar a aplicação da mencionada teoria aos direitos penal e processual penal. Mas constata-se que há um fundamento histórico também. Com efeito, já em 1875, o Brasil adotou os assentos de Portugal e da Casa de Suplicação com força de lei no ordenamento jurídico. Em 1891, com a instalação do Supremo Tribunal Federal, o modelo de justiça adotado permitia o cabimento de recurso contra acórdãos que expressavam divergência na interpretação de leis federais. Em 1923, com o *õprejulgadoö*, uma questão jurídica controvertida nos órgãos fracionários dos tribunais era julgada em plenário com todos os membros para se evitar interpretação divergente.

O Código Eleitoral de 1965, por sua vez, elevou o *õprejulgadoö* ao *status* de *õprecedente judicialö* que também foi mantido no Código de Processo Civil de 1939 com o intuito de uniformizar a jurisprudência. As súmulas foram um reforço à teoria dos precedentes no direito brasileiro desde 1963. A Constituição brasileira de 1926 previu o cabimento de recurso para a corte suprema dirimir e *õuniformizar a jurisprudência nacionalö*. Nota-se, então, a preocupação do legislador em propiciar uniformidade e, na constituinte de 1988 não foi diferente, pois outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal, como função principal, a competência de guardião da constituição para pacificar a jurisprudência constitucional. O mesmo constituinte criou o Superior Tribunal de Justiça para julgar os dissídios jurisprudenciais quanto à interpretação da lei federal pelas cortes inferiores.

Destarte, historicamente, a legislação brasileira foi conduzida a fim de garantir a uniformização da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores, tanto é que a Emenda Constitucional n.º 3 de 1993 cria o instituto da ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão nela proferida tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. A promulgação da Emenda Constitucional n.º 45, em 2004, reforça a ideia de precedente vinculante, pois também conferiu os mesmos efeitos à ação direta de inconstitucionalidade. A Lei n.º 9.868/1999 ratificou o intento do constituinte ao dispor sobre os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade. Assim, há fundamento constitucional para a adoção da teoria dos precedentes, pois o intuito é afastar divergências do sistema jurídico. Sob tal aspecto, é possível afirmar que o ordenamento constitucional conferiu ao legislador infraconstitucional a possibilidade de, nos termos da Carta Magna e respeitando os princípios da segurança jurídica e da igualdade, instituir instrumentos vinculantes semelhantes aos existentes na Lei Maior.

Assim, após a constituinte, ocorreu uma evolução do sistema de jurisprudência genuinamente persuasivo no Brasil. Um novo modelo, pela edição de leis que alteraram o Código de Processo Civil de 1973, surge para tornar mais estável a jurisprudência brasileira e alterar a regra de precedentes persuasivos para a de precedentes vinculativos. Na linha das reformas do antigo código, o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) apresenta uma verdadeira aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*. Para além da tradição romano-germânica, que confere efeito meramente persuasivo ao precedente judicial, o novo Código de Processo Civil brasileiro doravante admite, não sendo mais uma exceção, que o precedente judicial é vinculante e obrigatório. Sem dúvidas, o novo código é o marco sobre a teoria dos precedentes no Brasil, já que o valoriza e fortalece sua aplicação. Foi, assim,

instituído um sistema de precedentes, mas com roupagem brasileira, pois o legislador preocupou-se em adequá-lo, ao máximo, ao sistema jurídico pátrio, diferente do sistema de precedentes da *common law* inglês e norte-americano.

Portanto, a adoção, no sistema jurídico brasileiro, da teoria dos precedentes se funda nos princípios constitucionais, nas funções precípua do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de manter estável a jurisprudência, bem como no texto do novo Código de Processo Civil, pois como se verá adiante tal instrumento normativo não se aplica somente na seara cível, já que introduz uma nova forma de pensar o sistema jurídico brasileiro.

Para analisar a temática, abordar o problema e analisar as hipóteses ventiladas no início, o plano é centrado na construção de partes separadas por temas e desenvolvidas de modo progressivo e relacionado. Assim, a tese foi dividida nos seguintes capítulos: *Os sistemas jurídicos da civil law e da common law*, *O precedente judicial na literatura*, *A evolução do sistema jurídico brasileiro*, *Os Reports no sistema jurídico brasileiro*, *A civil law e a segurança jurídica no Brasil*, *O processo penal brasileiro e a teoria dos precedentes*, *A coisa julgada no direitos penal e processual penal brasileiro na teoria dos precedentes*, *O julgamento pelos magistrados da corte de precedentes do Brasil*, *A estabilização dos direitos penal e processual penal pela teoria dos precedentes* e, por fim, *As considerações finais* sobre a tese são apresentadas. A divisão da tese em vários capítulos se demonstrou necessária para atender com profundidade os vários pontos que se entrelaçam para o resultado final do estudo. Por vezes a leitura dos capítulos pode parecer cansativa e extensa, mas reputou-se necessário para o descortinar da tese defendida¹.

No capítulo inicial, apresenta-se uma análise sobre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, sendo necessário trabalhar com a evolução histórica dos sistemas jurídicos. Com efeito, a história do desenvolvimento diversificado entre o direito inglês, norte-americano e dos países da família do direito romano-germânico (*civil law*) justificam a diversidade de como o jurista trata o sistema jurídico. Ora, o direito inglês se estabeleceu com a construção empírica realizada pelos juízes que redundou na *common law*. Já o direito francês (*civil law*) se estabeleceu pela expansão e pela recepção do direito romano (DAVID, 2002, p. 408).

No estudo dos sistemas, revelou-se que tanto no direito da *civil law* como da *common law* houve a expansão dos sistemas para outros países fora do centro europeu, inclusive, também

¹ Atende-se também às regras acadêmicas do Uniceub-DF que exige quantidade mínima de palavras para a tese.

em ambos se notou que houve a recepção do sistema com alterações, ou seja, o sistema é introduzido no País, mas há uma adequação ao direito interno. Notou-se também que há uma tendência de interpenetração, pois nascem os sistemas mistos que se originam, dentre outros fatores, pela adoção dos institutos que possuem vantagens e que evoluíram e fazem parte de um sistema mais avançado.

Constata-se também que a lei está presente em ambos os sistemas jurídicos mencionados acima, mas possuem papel diferenciado. Na *civil law*, a lei é o ponto de partida de um sistema fechado, enquanto que na *common law* há um caráter anormal, pois a legislação advém após a análise e a reafirmação do tema pelos tribunais. Foi visto que ambos os sistemas possuem um ideal em comum, qual seja, a busca pela justiça, isto é, o objetivo é o mesmo, mas a técnica é diversa. Na *civil law*, o ponto de partida para a busca de soluções de justiça no direito é o recurso à lei. Já na *common law*, a busca tem como ponto de partida as decisões judiciais, os precedentes. Ao final do estudo do capítulo dois, há uma tendência que surge: a evolução de sistemas que se tornaram híbridos ó os *mixed legal systems*. Há, assim, a influência dos sistemas entre si que desencadeia incorporação de institutos, ocorrendo, cada vez mais, a aproximação entre os sistemas da *civil law* e *common law*.

Na sequência, no capítulo três, analisa-se como o precedente é tratado pela literatura especializada e, destarte, são apresentadas as principais características da teoria dos precedentes analisando-se a força persuasiva e vinculativa, bem como sua estrutura com enfoque na *ratio decidendi* e o *obiter dictum*. Ao fim, analisou-se a teoria dos precedentes no direito brasileiro. Verifica-se que salta aos olhos a importância do tema, pois o estudo indica que com a teoria de precedentes no direito brasileiro, o ideal de igualdade e justiça será alcançado. O estudo revela também que o sistema de precedentes apresenta uma estrutura que propicia maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico. E mais, com o precedente há inúmeras vantagens: a igualdade na aplicação da lei, a atualização da lei pela decisão judicial e a limitação de demandas em decorrência da probabilidade e da previsibilidade que o precedente ostenta no sistema.

Na estrutura do precedente, também é estudada a questão da evolução do direito, pois com o *distinguishing* e o *overruling*, não se aplica o precedente, pois a tese jurídica não é semelhante e, com esse, o precedente que se demonstra obsoleto é afastado e o direito evolui. Também é abordada uma questão intrincada na teoria: o estudo da *ratio decidendi* e da *obiter dictum*. Ao analisar-se a teoria do precedente no direito brasileiro, apresenta-se um estudo histórico que perpassa as regras de além-mar, as constituições e códigos brasileiros até chegar-

se ao atual Código de Processo Civil. Ao final do capítulo, o estudo revela que a teoria dos precedentes no direito brasileiro é um instrumento que tem o condão de estabilizar a situação jurídica.

No capítulo quarto, se realiza uma abordagem sobre a evolução do sistema jurídico brasileiro sob a perspectiva do Poder Judiciário acerca da eventual influência da *common law* abordando-se a questão da segurança jurídica. Trata-se de estudo que amplia o objeto da dissertação de mestrado². No decorrer do estudo do capítulo, chegou-se a perceber que a evolução do direito brasileiro, ainda que se adote a dogmática e uma teoria positivista do direito, não pode deixar de considerar e enaltecer os ensinamentos da sociologia, mormente da teoria autopoietica.

O estudo indica que as influências sociais e dos sistemas jurídicos contemporâneos, diante da globalização e o fim das fronteiras do conhecimento, acarretam as chamadas irritações e acoplações e, assim, o direito positivo, legislado, passa por uma desconfiança, se rompe. Constatou-se que a evolução por influências sociais e pela interpretação não são as únicas formas que estão presentes no sistema brasileiro. Há o direito do precedente, com força vinculante que é também uma forma de evolução do sistema brasileiro. Existe, portanto, um sistema no Brasil fundado em textos normativos (*civil law*) e há influência de outro sistema (*common law*). Tal constatação indica uma evolução constante do direito o que poderia inferir que se está no caminho do surgimento de um sistema jurídico híbrido.

Na sequência é realizada, no capítulo quinto, uma análise de como os tribunais brasileiros estão se adequando à realidade do precedente como fonte de direito, ou seja, os direitos penal e processual penal brasileiro são aplicados à lei, que é a fonte básica, mas também aos precedentes, sejam persuasivos ou vinculativos. Para tanto, realiza-se um estudo sobre os *reports* de todos os tribunais brasileiros que julgam a matéria penal e processual penal. O estudo revela, ao final, que houve uma alteração marcante no sistema brasileiro, pois mudou-se o modo de como se administra a divulgação do precedente, havendo uma tendência de que, em sendo obrigatórios, são divulgados como se fossem leis, de respeito obrigatório.

O tema do sexto capítulo reflete diretamente sobre a teoria dos precedentes, ou melhor, o ponto central de sua aplicação, qual seja, a segurança jurídica. O foco foi demonstrar a

² *O homicídio qualificado na aplicação judicial: um estudo acerca do alcance normativo do artigo 121, §2º, do Código Penal brasileiro* ó Brasília, UniCeub, 2013.

insegurança jurídica do sistema do *civil law* puro, decorrente das inúmeras possibilidades propiciadas pela hermenêutica na aplicação dos tipos penais abertos. O estudo indica que a insegurança jurídica é prejudicial a todos os ramos do direito, em especial aos Direitos Penal e Processual Penal brasileiro, pois, em um modelo penal garantista e diante de uma Constituição Federal dirigente, deve-se ter previsibilidade e certeza quanto ao modelo penal incriminador, o tipo penal. Nesse aspecto, não é possível haver direito sem segurança jurídica, no sentido de que o Poder Judiciário deve se afastar de alterações abruptas de jurisprudência e seguir os precedentes e, assim, se mostrar moderado na modificação do entendimento sedimentado nos precedentes.

No capítulo sete, o estudo aborda a teoria dos precedentes no direito processual penal. Apresentou-se argumentos sobre a existência de uma teoria geral do processo pela qual é possível sustentar que, com o advento do novo Código de Processo Civil, houve uma expressa sinalização de que se deve aplicar a teoria dos precedentes ao direito processual penal, mormente se for realizada uma interpretação da legislação adjetiva ó penal ou civil ó como um instrumento que deve ser aplicado à luz da Constituição Federal brasileira. No estudo analisa-se as diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law* e a problemática de adequar-se as novas técnicas aos princípios constitucionais e às regras do direito processual penal brasileiro e, assim, instaurando a teoria dos precedentes à moda brasileira, como ocorre nos sistemas híbridos que recepcionam os institutos de outros sistemas, mas com adaptações ao direito local.

No capítulo seguinte, oitavo, trata-se da coisa julgada que afeta a utilização da teoria dos precedentes se aplicada retroativamente. Assim, abordou-se como a coisa julgada, no direitos penal e processual penal brasileiro, pode ser mitigada diante da aplicação da teoria dos precedentes. Para adentrar ao tema, abordou-se como o estudo da coisa julgada desembocou e a coisa julgada inconstitucional, a qual é uma questão intrincada na literatura e na jurisprudência. Foi possível constatar que atualmente há uma tendência em sacrificar a segurança jurídica advinda da coisa julgada em prol da justiça, da legalidade e da constitucionalidade. Do estudo percebe-se que, nos direitos penal e processual penal, há a possibilidade de aplicação imediata do precedente vinculante afastando-se a coisa julgada, já que, em uma analogia ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, o precedente mais benigno também deve ser aplicado e, assim, retroagir e afastar a coisa julgada, beneficiando o acusado.

Opta-se por realizar, no nono capítulo, uma abordagem empírica com os magistrados do Superior Tribunal de Justiça. Realiza-se inicialmente uma abordagem teórica sobre a corte de precedentes e, em seguida, analisa-se um questionário que foi apresentado aos ministros da corte especial e da terceira seção do citado tribunal superior. Ainda, no intuito demonstrativo de como tal tribunal atua nos direitos penal e processual penal brasileiro, analisa-se as cinco decisões mais recentes de direito penal proferidas por todos os ministros que atuam em tal matéria. A pesquisa realizada com a apresentação do questionário revela que há uma evolução em andamento, pois os ministros do Superior Tribunal de Justiça estão aplicando a teoria dos precedentes em seus julgamentos. Na análise dos casos julgados, por meio da aplicação do questionário, o estudo indica que, no Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência de seguir os precedentes tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da própria corte. Respeita-se os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

No décimo e último capítulo, realiza-se uma análise sobre a estabilização do direito penal e processual penal pela aplicação da teoria dos precedentes. Para tanto, analisa-se um caso recente que chegou ao Supremo Tribunal Federal (criminalização da homofobia), bem como casos comuns do dia-a-dia, mas emblemáticos no sistema penal e processual penal brasileiro, ou seja, casos em que haviam infundáveis discussões acadêmicas e jurisprudenciais que se encerraram com decisões vinculantes nos termos da teoria dos precedentes. O capítulo tem o condão de confirmar o que foi obtido com o estudo dos capítulos anteriores, ou seja, demonstrar, constatar que, nos casos estudados, foi aplicada não só a lei como fonte, mas também a teoria dos precedentes em caráter persuasivo e principalmente vinculativo. Enfim, o estudo dos casos revela que, na prática dos tribunais superiores³, há a estabilização dos direitos penal e processual penal com a aplicação da teoria dos precedentes. O estudo indica ainda que ocorre uma evolução do sistema brasileiro, deixando o juiz de ser a boca da lei para ir além do juiz que faz jurisprudência persuasiva, uma vez que os tribunais têm o poder de estabelecer precedentes vinculativos que delimitam a interpretação dos tipos penais e das normas processuais penais, trazendo maior segurança jurídica.

³ Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Encerrando o estudo, nas considerações finais⁴ são analisadas as parciais de cada capítulo e apresenta-se a tese, qual seja, de que o sistema brasileiro da *civil law* com a teoria e a prática dos precedentes vinculantes, por influência do sistema da *common law*, está se alterando para um sistema híbrido, no qual permanecem as características do direito romano-germânico, mas mitigadas pelas características do direito anglo-saxão, garantindo maior segurança jurídica ao sistema brasileiro.

A teoria dos precedentes nos sistemas da *civil law*, *common law* e *mixed legal systems*, a evolução do sistema jurídico brasileiro, os direitos penal e processual penal e a segurança jurídica podem parecer temáticas simples, mas se conhece a complexidade e a dificuldade que se tem na abordagem, bem como é sabido que se trata de um dos mais intrincados temas da atualidade. Inclusive, não podem ser desconsideradas as limitações de quem escreve, mas almeja-se elaborar um trabalho técnico confiável.

⁴ Na conclusão são retomadas as principais ideias apresentadas nos capítulos (VARELLA; FREITAS FILHO, 2019, p. 9). As conclusões retomam as ideias centrais, organizam o conhecimento sistematizado e as contribuições para o campo do conhecimento (MONEBHURRUN; VARELLA, 2013, p. 441).

2 OS SISTEMAS JURÍDICOS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*⁵

Apresentado o problema do tema de pesquisa que tem como foco a teoria dos precedentes no sistema brasileiro, foi proposto que seria analisado como a teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes têm afetado os julgamentos no direito penal e no processual penal brasileiro. Assim, inicia-se pela análise dos sistemas jurídicos, a qual leva a crer que se aborda somente os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), no entanto, ao aprofundar-se no estudo, constata-se que a abordagem também é de tradições (STRECK; ABOUD, 2015, p. 21), ou seja, é muito importante considerar que, ao se estudar os citados sistemas jurídicos, se está na realidade analisando-se tradições que foram influenciadas pelas culturas, pois o conjunto de regras decorre da tradição (BARBOZA, 2014, p. 39).

Nesse sentido:

[...] a tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, bem como a respeito da forma que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito [...] (STRECK; ABOUD, 2015, p. 21).

Quer-se, com a investigação, demonstrar que, apesar das diferentes histórias e tradições, os sistemas jurídicos existentes no mundo são semelhantes e, a cada dia, se aproximam. Para tanto, é necessário adentrar na história dos sistemas e, assim, é impossível não tratar do direito comparado.

Com efeito, o estudo do direito comparado é objeto antigo e serve como base para várias concepções do direito. Pode-se citar a comparação entre o direito romano e o canônico. Do direito da família da *common law* com o direito canônico e o direito da família da *civil law*. A importância do estudo, historicamente, é pacífica e sua relevância é demonstrada pela sua utilização para conservar na França um direito comum e na Alemanha o direito privado. Não se pode deixar de lembrar que Montesquieu esforçou-se, pela comparação, por penetrar no espírito das leis e descobrir os princípios de um bom sistema de governo (DAVID, 2002, p. 1-2).

⁵ Nos estudos sobre os sistemas jurídicos, deparou-se indistintamente com a utilização de *continental law* e *civil law/common law*. No presente trabalho, preferiu-se utilizar os termos *civil law* e *common law* em homenagem aos termos *Continental Law* e *Common Law*.

No entanto, o desenvolvimento do direito comparado foi tardio, talvez pelo fato de que houve uma preponderância do direito romano e do direito canônico que eram considerados como o direito do mundo civilizado. Com o passar do tempo, talvez pela expansão das relações internacionais, o direito comparado passou por um grande desenvolvimento e é, atualmente, um elemento necessário de toda a ciência e a cultura política. Sobre a importância de se fazer uma abordagem em direito comparado David (2002, p. 3-4) afirma que:

[...] as vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional [...].

Assim, a análise do direito comparado é essencial para o melhor conhecimento e desenvolvimento do direito nacional e seu aperfeiçoamento. Sob tal aspecto, salutar lembrar que na França, em 1869, já se estudava os novos códigos publicados em vários países para verificar as novidades e as variações e, assim, sugerir ao legislador francês alterações e retoques do código então vigente. Portanto, o estudo do direito comparado faz com que o direito vigente se assemelhe ao vigente no mundo, pois, o direito penal, o direito de família, o direito processual e outros não só se assemelham em vários países, como há uma concordância de numerosos desenvolvimentos legislativos.

Com efeito, a reforma que foi realizada num país e que aí provou o seu valor, é introduzida noutros países, com uma ou outra modificação. No entanto, tais modificações, de internalização de um direito estrangeiro no país, devem considerar as circunstâncias do direito local para ocorrer a integração. Outro ponto interessante do estudo do direito comparado é a análise das fontes do direito como são nos diversos países, pois, quando se estuda um direito estrangeiro, é necessário saber que as ideias no nosso país, referentes às relações que existem entre diferentes fontes possíveis das regras jurídicas, não são as mesmas em todos os países. Ora, há sistemas nos quais o direito pode possuir aspecto religioso ou sagrado sem possibilidade de o legislador alterá-lo. Em outros, há o império da lei e, em alguns, há a preponderância do costume. Há, portanto, grande valor no estudo do direito comparado, pois auxilia no desempenho da ciência do direito, e a experiência de todas as nações e relações internacionais acarreta o desenvolvimento do sistema jurídico. Há, no mundo, uma diversidade de direitos contemporâneos, cada um como é aplicado no interior de cada país. No entanto, pode-se identificar algumas origens, ou, como se denominou, famílias de que se originam os diversos direitos (DAVID, 2002, p. 7-15 e 18-20).

Apesar de ser a concepção de famílias mais aceita atualmente, há divergências na literatura internacional, pois conceituar sistemas jurídicos em famílias leva à dúvida se é um conceito fundamental e científico ou teórico e descritivamente inútil. As divergências, na essência, são centradas na existência de sistemas híbridos, que não se encaixam na conceituação fechada, ou seja, além da *civil law* e da *common law*, existiria a terceira família, como nos sistemas vigentes em Quebec, no Canadá, na Argélia e na Holanda, nos quais há [...] uma combinação dos direitos romano, francês, germânico e indígena. Há também os sistemas *mixed jurisdictions* na Itália, que seriam uma mistura dos direitos canônico, romano, francês, austríaco, germânico e o *ius comune*. A existência de sistemas mistos, como se abordará mais adiante no presente trabalho, é de extrema importância para a presente pesquisa, já que esses sistemas (*mixed jurisdictions*) tem se aproximado da forma da *common law* de julgar, ou seja, acentuando-se a força do precedente obrigatório.

Nesse sentido, é importante ressaltar que há diferenças entre *common law* e *civil law*, pelo menos na origem de cada um desses sistemas, pois a origem deles é uma base importantíssima para se entender porque os precedentes são, pelo menos em tese, mais respeitados em um ou em outro, mas, com a evolução e o surgimento de novos sistemas (*mixed*), nos países que tradicionalmente não se aproximaram da *common law* estão agora caminhando em tal direção, ou seja, na adoção dos precedentes na forma de julgar (NOGUEIRA, 2013, p. 30-31).

Atualmente é bem difundida a análise do direito comparado em duas grandes famílias, quais sejam, a *civil law* e a *common law*. Portanto, no presente capítulo, busca-se apresentar o desenvolvimento histórico, as fontes, as diversidades, as influências e similitudes dos sistemas das mencionadas famílias.

2.1 O sistema jurídico da *civil law*

Inicia-se o estudo pela família romano-germânica que é comumente ligada à expressão *civil law*. O sistema jurídico da *civil law* é tradicionalmente vinculado, na concepção da restrição, à interpretação do direito, ou seja, restringe o poder dos juízes na aplicação do direito. (HASELOF, 2018, p. 25). Ao analisar a história da *civil law*, baseada na tradição romano-germânica, pode-se afirmar que nasceu com a compilação do *corpus iuris civilis* no século VI. A evolução histórica de referida tradição ganha ênfase no século XI com a organização dos glosadores (Escola de Bolonha). Na sequência, já no século XVIII, há a proliferação da

codificação na Europa (Código Civil Francês de 1804, Código Civil Alemão de 1900), como um esforço para organizar o sistema (HASELOF, 2018, p. 25).

A *civil law* se expandiu pela Europa Continental, América Latina, Ásia e em parte da África e há registros que apontam que aproximadamente 60% dos países do globo estejam submetidos ao *civil law* (HASELOF, 2018, p. 26). No entanto, para analisar-se o desenvolvimento do sistema jurídico da *civil law* há vários comentadores, porém se destaca a obra de René David⁶, a qual pode ser considerada um marco teórico sobre o assunto, razão pela qual foi adotada como ponto central na presente abordagem.

Trata-se de uma família oriunda do direito romano que tem como base as regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. As mencionadas regras de conduta, a partir do século XIX, passaram a ser editadas em lei e, por conseguinte, em diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de códigos. Assim, as regras e as preocupações com a justiça e a moral passaram a ser externadas na lei e nos códigos que foram editados visando regular as relações entre os cidadãos. O direito romano-germânico nasceu nas universidades da Europa e se desenvolveu a partir do século XII e assim foi denominado em homenagem aos esforços das universidades dos países latinos e dos países germânicos; ganhou o mundo com a colonização dos territórios e foi recepcionado devido ao domínio exercido. No entanto, também ocorreu a recepção voluntária de países que desejavam modernizarem-se ou se ocidentalizar diante das ideias europeias.

As ideias europeias da família romano-germânica foram internalizadas nos países fora da Europa que as recepcionou, mas ressalta-se que essas aceitações sofreram alterações, bem como ocorreram recepções parciais, fazendo com que acontecesse uma aplicação do novo direito em termos bastante diferentes daqueles que constituem a sua aplicação da Europa. Apesar da recepção diferenciada em cada país que adotou o direito da família romano-germânica, a essência do direito da *civil law* se estendeu para o mundo, podendo ser encontrado nos sistemas da América Latina, África, Japão e Indonésia (DAVID, 2002, p. 23-33).

O desenvolvimento do direito da família romano-germânica passou por diversas fases. Como se sabe, o sistema nasceu na Europa e, com o passar do tempo, difundiu-se por meio da expansão e da recepção nos países fora desse continente. O sistema tem seu nascedouro no século XIII e seu desenvolvimento possui períodos divisórios importantes, tais como o do

⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

direito nas universidades que domina o sistema por meio das doutrinas; a escola do direito natural; e o período da legislação. O surgimento da família romano-germânica está ligado ao renascimento jurídico, sendo que a sociedade renasce e tem consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança. A necessidade da existência do direito renascido foi uma exigência dos filósofos da época para por termo ao regime de anarquia e de arbítrio que vigorava a tempos. Portanto, as ideias principais da Europa ocidental dos séculos XII e XIII era a de que a sociedade civil deve ser fundada sobre o direito: o direito deve permitir a realização, na sociedade civil, da ordem e do progresso.

O sistema jurídico romano-germânico, assim, se desenvolve com base em uma comunidade de cultura, sem uma unidade política, pois havia a desconfiança de que os esforços do papado ou do império bastariam para reconstruir, num plano político, a unidade do Império Romano. Destarte, o direito da família romano-germânica surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política. Mencionou-se que um dos períodos do desenvolvimento da família em comento foi a difusão do direito pelas universidades. É sabido que as universidades não são práticas, pois o professor dedica-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Nas universidades, não se ensinava a prática nem os costumes, pois à época não exprimiam o direito, que era concebido como *sollen* (o que é necessário fazer) não o *sein* (o que se faz na prática).

O que se estudava à época era o direito romano, que era admirado tanto pelos professores quanto pelos alunos, pois era fácil de conhecer, bem como era oriundo de uma civilização brilhante. O direito canônico o impugnava sob o fundamento de que se tratava de produto de uma sociedade pagã. No entanto, São Thomaz de Aquino, ao tratar de tal impugnação, afirmou que a filosofia pré-cristã, assente na razão, era em grande medida conforme à lei divina e, com isso, não havia mais obstáculo ao renascimento dos estudos de direito romano. Assim, nas universidades europeias, a base dos estudos era o direito romano, sem se descurar do direito canônico, inclusive o estudo do direito romano continuou em todas as universidades, como ensino básico do direito, até o século XX (DAVID, 2002, p. 35 e 39-44).

Na evolução do direito romano, encontra-se algumas escolas, tais como a dos glosadores que procurava apresentar o sentido original das leis romanas, que teve seu ápice na obra Grande Glosa de Acúrio, do século XIII. Já no século XIV, surge a escola dos pós-glosadores que organizaram o caos do Digesto e o espírito casuístico e empírico dos

jurisconsultos de Roma. Em tal período, há o desenvolvimento do direito romano com algumas distorções, mas há uma sistematização, como, por exemplo, em direito comercial e internacional privado. Em tal período, nota-se que os juristas já não procuram encontrar soluções romanas, mas em aplicar os textos do direito romano respeitando a sociedade vigente, ou seja, introduzem adaptações a título de evolução do sistema. Destarte, com tal evolução, procura-se soluções de justiça e, em tal período, denomina-se a *jus commune*, uma ciência europeia, que visa, ao fornecer aos juristas modelos, um vocabulário e métodos, orientá-los na procura de soluções de justiça. Importante ressaltar que nas universidades procurava-se, com fundamento nos textos romanos, descobrir as regras conformes a uma ordem bem concebida numa sociedade cuja existência é exigida pela própria natureza das coisas sem, contudo, fixar regras em uma obra do direito positivo por falta de competência.

Ainda na análise do desenvolvimento do direito da família romano-germânica, pontua-se agora a existência da escola do direito natural. Trata-se de um direito sistemático idealizado para ser aplicado de modo universal. A referida escola nasceu diante da necessidade das sociedades modernas e foi sistematizada pelos juristas com o intuito de avançar sobre a preocupação de respeitar o direito romano nas universidades e, com isso, ir além da descoberta de princípios de um direito plenamente racional. Tal escola triunfa, nos séculos XVII e XVIII, e se afasta de vários pontos apresentados pelos pós-glosadores que, como dito, eleva a um alto grau de sistematização do direito, bem como enfatiza o direito do homem, passando a determinar o pensamento jurídico, a ideia do direito subjetivo (DAVID, 2002, p. 44-46).

Sobre tal assertiva afirma-se que:

[...] a escola do direito natural renova completamente a ciência do direito nos seus próprios métodos, pelas suas tendências axiomáticas e pelo apelo que faz à legislação. No que respeita à substância do direito, a sua ação deve ser considerada em dois domínios: o do direito privado e o do direito público [...] (DAVID, 2002, p. 47).

Destarte, no direito privado, a escola do direito natural não abandona o direito romano, mas procura uma modernização, bem como a clarificação das soluções admitidas. Já no direito público, como não houve exemplo fornecido pelo direito romano, diante da incompletude do direito das universidades, a escola do direito natural propõe modelos, deduzidos da razão, no tocante às Constituições, à prática administrativa e ao direito criminal. Com os modelos propostos, a escola do direito natural traz os estudos de um direito público

consagrando os direitos naturais do homem e garantindo as liberdades da pessoa humana (DAVID, 2002, p. 48).

Sabe-se que o direito romano se expandiu, seja pela recepção ou pela expansão e influência decorrente das colonizações. No entanto, a romanização do direito ocorreu em maior ou menor escala de acordo com as exceções do direito dos diversos países. Com efeito, a expansão ou a recepção aconteceu, mas havia diferenças na forma de aplicação do direito da família romano-germânica, como, por exemplo, em alguns países, a existência do direito indígena. Outras exceções também podem ser apontadas dentro da França que, nas regiões do Sul, eram adeptas do direito escrito, enquanto que, no Norte, se aplicava o direito consuetudinário. Sobre o direito consuetudinário, por vezes afastado devido à prevalência do direito romano, no século XIII, iniciou-se a prática das compilações públicas e privadas. As compilações podem ter ocorrido por dois objetivos: primeiro, o costume como uma lei particular que é um corretivo ao sistema; e, segundo, o costume é elevado a um sistema completo para qualquer ocasião, não só o caso particular, mas uma ampla obra de criação. Em tal período, na França, houve um ponto de contato entre o direito romano e os costumes, pois ambos tiveram seu prestígio, no entanto, não vinculavam os tribunais, que procuravam decidir baseado em fontes diversas, prevalecendo a equidade.

Em que pese o prestígio do direito romano, diante da possibilidade de aplicação dos costumes e das diversas fontes, nunca foi o direito comum na França. Com efeito, o direito comum foi a jurisprudência dos parlamentos e também a relevância das compilações publicadas que conferiam o testemunho seguro. Os precedentes, em tal época francesa, ainda que utilizados frequentemente, tinham menor amplitude que os precedentes na Inglaterra. Contudo, pode-se afirmar que, no século XVIII, na França, o direito consuetudinário sobrepõe-se a certas matérias do direito romano (DAVID, 2002, p. 54-59).

De modo diverso, na Alemanha do século XIII, diante da desintegração do império e da sociedade, a jurisdição central desapareceu no país. Com o passar do tempo, na época de Maximiliano (1495), houve o estabelecimento de uma jurisdição imperial, mas tímida, o que favoreceu o direito no plano regional, no qual a jurisprudência teve espaço na Alemanha, não sendo um sistema de direito alemão pelo fato de que havia uma abertura à recepção do direito romano. A regionalização do direito levou, já no século XVI, a cada príncipe, em seu território, ter o monopólio da justiça, inviabilizando a jurisdição central. Mais adiante, no século XVIII, houve uma tentativa de sistematização do direito alemão, mas já era tarde diante do domínio do

direito romano, limitando-se, tal sistematização, a certas instituições. Na Itália, Espanha e Portugal, o direito romano naturalmente se tornou o direito comum, pois representava o costume geral independentemente da recepção (DAVID, 2002, p. 59-61).

No desenvolvimento da *civil law*, não é possível esquecer do papel importante que teve a legislação. Por certo que inicialmente teve papel secundário, já que, na Idade Média, era propagada a ideia de que o direito existia independente dos comandos da autoridade, restando à legislação o papel puramente administrativo de organizar os tribunais de justiça e, por conseguinte, corrigir certos erros. As ordenanças, como eram chamadas as leis de administração da justiça, tomaram a Europa e desempenharam um papel importante na organização da administração o que hoje se denomina como de direito público. Outra área na qual a legislação teve papel importante foi a do direito penal, que é uma matéria intimamente ligada à polícia. Note-se que as leis não tinham o intuito de modificar os costumes, pelo contrário, eram editadas com a finalidade de reafirmar os costumes para assegurar a sua manutenção.

Um ponto importante a se ressaltar era a falta de modificação do direito, pois os monarcas absolutos não se consideravam inteiramente livres para modificar as regras do direito. Muitas ordenanças se seguiram, nos séculos XVI, XVII e XVIII, reafirmando os costumes já arraigados que eram nada mais do que uma exposição sistemática de regras já admitidas pelo costume, pois, como dito, o rei não considerava que o direito possa ser modificado segundo sua vontade.

Somente no século XVIII, tal tradição foi rompida, pois é possível conhecer, na pessoa do soberano um legislador, que pode alterar o direito de modo a rejeitar os erros do passado e a proclamar a autoridade de regras plenamente conformes à razão. Com tal rompimento, um novo modo de se ver o direito surge e a codificação se espalha no mundo moderno da família romano-germânica. É uma nova visão, qual seja: aquela em que a descoberta e o desenvolvimento do direito vão ser entregues, principalmente, ao legislador. Trata-se de êxito da escola do direito natural, pois a codificação consistia na realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades (DAVID, 2002, p. 62-65).

A partir de então, a escola do direito natural se apodera do direito das universidades e manifesta a vontade de transformar-se em direito positivo. Por conseguinte, reforça a ideia

de que o soberano é competente para formular novas regras, um conjunto reformado para que possa expor os princípios da lei natural. O soberano, a partir de então, poderia:

[...] estabelecer um código da natureza sancionado pela razão e garantido pela liberdade. Porém, uma vez admitido este poder, será fácil afastá-lo deste fim; o legislador irá servir-se dele, fora de qualquer preocupação das leis naturais para transformar as bases da sociedade [...] (DAVID, 2002, p. 66).

Com a codificação, foi possível levar aos tribunais uma exposição metódica do direito de uma sociedade moderna, longe do caos das compilações de Justiniano. Note-se que as compilações privadas e oficiais apresentadas em séculos anteriores tiveram sua utilidade, mas a codificação só teve êxito pelo fato de ser editada por um soberano e na época certa. Em relação ao sucesso de tal sistema, a codificação só poderia ter bom êxito e renovar os dados do sistema, nas condições em que foi realizada: na França, no alvorecer da Revolução, associada ao prestígio das ideias de 1789 e da expansão napoleônica.

Portanto, a compilação não se compara com a codificação que se operou e, diante do sucesso, renovou o sistema e influenciou diversos países. Nesse ponto há uma crítica, qual seja, que a codificação fragmentou o direito da família romano-germânica, causando uma ruptura da comunidade jurídica europeia. No entanto, foi com a codificação que ocorreu a verdadeira expansão do direito da família romano-germânica, tanto na Europa quanto fora dela.

Posteriormente, com a expansão da codificação, notou-se que houve uma época que sinais apontavam para a quebra da unidade do direito da família romano-germânica, mas não se pode esquecer que se trata de um direito vivo e isto implicou a sua transformação contínua. A transformação ocorreu de forma diversificada entre os países que adotaram o direito da família romano-germânica. Com isso, é possível encontrar países com o direito defasado em relação aos demais. Pode-se ainda deparar-se com países que adotaram novas tendências, contudo, pode parecer apenas uma dissimulada falta de unidade, mas o descompasso permanente, que caracteriza e condiciona a própria existência do sistema da família do direito romano-germânica e de outros sistemas (DAVID, 2002, p. 66-67 e 71-72).

Sobre a falta de unidade ou da verdadeira unidade do direito da família romano-germânica ressalta-se que:

[...] cada um dos direitos do continente europeu tem sua originalidade. Não se deve subestimar o alcance das diferenças entre estes diversos direitos. Contudo, existe grande semelhança entre esses direitos, quando se considera o conjunto dos seus elementos e pode-se seguramente falar numa família romano-germânica [...] (DAVID, 2002, p. 74).

Enfim, a evolução do direito da família romano-germânica demonstra que há diversidade, mas a existência de subgrupos em uma mesma família do direito não resulta em afirmar que há falta de unidade.

Após tal incursão sobre o desenvolvimento do direito da família romano-germânica, é necessário abordar as fontes do direito. Não se trata de tarefa fácil pelo fato de que os direitos que constituem tal família são múltiplos, e cada um deles possui, em confronto com os outros, a sua originalidade. A família do direito romano-germânica apresenta diversidade em relação às fontes do direito, pois há certas tendências filosóficas preponderantes ou não em certos casos, e, de outro lado, também ocorre, a diversidade, diante da adesão ou não, por vezes, conscientes ou inconscientes.

Mas pode-se afirmar, no estudo das fontes do direito da família romano-germânica, que a maioria dos países de tal família são adeptos do direito escrito, ou seja, primordialmente se busca a solução do direito nos textos legislativos, sendo que outras fontes, quando utilizadas, são subordinadas e possuem importância muito reduzida. No entanto, há objeções a tal assertiva, pois não há soberania absoluta da lei e há lugar, ao lado da lei, para outras fontes muito importantes do direito.

Se apoiar somente na lei é ir de encontro com a formação do direito romano-germânico, pois ele possui seus alicerces no direito formado nas universidades, pela escola do direito natural e pela própria natureza da codificação. Ora, nunca foi o intuito da codificação de estabelecer o primado da lei como fonte, bem como que o simples estudo das leis possa dar-nos a conhecer o que é o direito. Ora, os próprios defensores do positivismo abandonaram o mito da lei, tal como se apresentava no século XIX; eles reconhecem, presentemente, o papel criador do juiz; já ninguém acredita que a lei seja a única fonte do direito. Portanto, a lei já foi sinônimo do que é o direito, mas modernamente não é mais. Os códigos atualmente são simples quadros do interior dos quais os juristas vão exercer uma atividade criadora na procura de soluções de justiça (DAVID, 2002, p. 111-114).

Não se pode deixar de citar que modernamente perdeu-se a centralidade das codificações e leis no sistema da *civil law*, pois as decisões judiciais devem se ajustar às realidades sociais. A perda da centralidade também pode ser imputada ao constitucionalismo presente em tal sistema jurídico, a partir do século XX, sendo que tal pormenor garante a

unicidade do sistema, não se podendo alegar que a descodificação acarretou a perda do fundamento unitário do ordenamento (DRUMOND; CROCETTI, 2010, p. 41).

É importante ressaltar que a lei e os códigos são o ponto de partida, não o resultado do que é o direito. O jurista não deve se afastar dos processos interpretativos, da literatura especializada, dos costumes e do poder criativo da jurisprudência. Ao lado da lei, papel importante no estudo das fontes do direito da família romano-germânica, há os costumes, pois constituem a infra-estrutura sobre a qual o direito é edificado. Ora, o costume influencia diretamente como o direito é legislado e também como é desenvolvido pela literatura e como é aplicado pelos juizes.

Por certo que seu papel foi reduzido pelos positivistas, mas realçado pela escola sociológica para a qual o costume era a fonte por excelência do direito. Pode-se considerar, grosso modo, o costume como um dos elementos que permitem descobrir a solução justa para o caso concreto. No entanto, dentro do direito da família romano-germânica, há diversidade de entendimento. Com efeito, há sistemas que não concedem tanto valor ao costume, como na França. Há, de outro lado, os que dão maior valor, ainda que reduzido, inclusive expressamente, como o direito da Áustria e da Itália. Contudo, há países que concebem o costume como uma fonte de grande valor, alçando-o ao patamar idêntico ao valor dado à lei, como acontece na Alemanha. A respeito de tal ponto, diversidade de valor conferido ao costume, na prática, a realidade revela-se, contudo, outra coisa, e confere ao costume um papel muito maior que a aparência nos leva a supor. Com efeito, em alguns países, é afirmado o baixo valor ao costume, mas, ainda assim, mesmo em tais países, há o uso dos costumes diuturnamente, pois não há como se aplicar a lei sem se socorrer das noções que o costume confere à determinada conduta, ou seja, é ou não faltosa, sendo que o resultado, ainda que se aplique a lei, terá necessariamente o esclarecimento pelo costume (DAVID, 2002, p. 142-144).

A tentativa de se extirpar o costume *secundum legem* vai contra o espírito do direito nos países da família romano-germânica, pois conduziria a um conceitualismo e casuismo exacerbados. De outro lado, o costume *contra legem* teve seu papel restringido com a codificação e o primado da lei, pois o raciocínio do direito na família romano-germânica se apoia nos textos legislativos e, por isso, quando aceito, o costume *contra legem* tem papel limitado e secundário. Mas ressalta-se o papel importante do costume no direito da família romano-germânica, inclusive atualmente não se descarta seu valor, pois é comum colocar todos os costumes no quadro da lei. Enfim, o costume deve ser considerado para que o

intérprete busque a solução justa, mas não pode ser aplicado de modo automático, pois õdeve exercer sobre ele a sua crítica e interrogar-se sobre a sua razoabilidadeõ.

Ainda no estudo das fontes do direito da família romano-germânica, ou seja, da *civil law*, ressalta-se o papel importante e criador da jurisprudência, presente inclusive na época de Napoleão. Por certo que o papel da jurisprudência era velado, nas sombras, o que perdurou até o século XIX. No entanto, quando dos cem anos do Código Civil francês, foi exposto que a jurisprudência foi fundamental para o progresso e a evolução do direito, pois levou o código para além do código (DAVID, 2002, p. 115 e 145-146).

Assim, as decisões judiciais e a jurisprudência foram importantes para o desenvolvimento do direito da *civil law* e, assim, é necessário analisar a justiça judiciária e seu papel na evolução história do direito. Nos sistemas jurídicos, um ponto interessante a se debater é o papel da função judicial: dos juízes e dos tribunais. Historicamente se percebe uma constituição gradual de seu papel no sistema de justiça no mundo. Em Roma, por exemplo, o Poder Judiciário foi confiado aos juízes comuns, mas, posteriormente, passaram a ser subordinados ao Imperador que recebia as apelações das sentenças.

Na Europa, durante a Idade Média, havia assembleias legislativas que posteriormente se transformaram em tribunais e, mais tarde, surgiu a figura do juiz. Na Inglaterra, o juiz era independente e tinha a função de õmanter a paz do Reiõ, pois simbolizava o Rei. Na América, houve a recepção da ideia de tribunais independentes e aplicava-se à soberania da Lei pelos juízes comuns. Muitas objeções surgiram sobre a justiça judiciária, mormente a de que é õrígida, inflexível; confia demais na regra e não concede margem suficiente à consciência não-jurídica quando determina ou aplica a leiõ (POUND, 1976, p. 90-91).

No entanto, a justiça judiciária apresenta vantagens, ao contrário das objeções, pois com a aplicação da lei pelo Poder Judiciário, se õcombinam as possibilidades de certeza e flexibilidade melhor que qualquer outra forma de administrar a justiçaõ. Ora, a certeza se obtém pelo fato de que a lei será aplicada por um juiz devidamente investido no cargo, treinado e com experiência. De outro lado, havendo casos concretos, há pontos de vistas diversos e isso acarreta o desenvolvimento com restrição ou extensão do direito com base em princípios racionais. Ainda como vantagem do Poder Judiciário, há a obrigação de o juiz seguir princípios e padrões, pois, com sua experiência, deve se reportar a eles. A publicidade das decisões também deve ser

considerada uma vantagem, pois os fundamentos das decisões estão sempre disponíveis a todos os interessados (POUND, 1976, p. 94-95).

Sobre as vantagens da justiça judiciária, afirma-se que:

[...] a terceira vantagem da justiça judiciária está em que os juízes de modo geral sustentam a lei contra a excitação ou clamor. Assim o fazem devido ao treinamento na aplicação na aplicação da lei, ao hábito de procurar e aplicar princípios sempre que são chamados a agir, e por saberem que suas decisões serão preservadas em forma permanente e estarão sujeitas a crítica hábil no futuro tanto quanto à crítica popular no presente [...] (POUND, 1976, p. 95).

Destarte, nota-se que a justiça judiciária se revela a forma mais segura para se garantir a justiça, pois ãa vida e a ordem jurídica medidas pela razão e o processo judicial realizado mediante a aplicação de técnica raciocinada à experiência desenvolvida pela razão e esta verificada pela experiênciaã traduzem a justiça pelo Poder Judiciário (POUND, 1976, p. 98). Portanto, o papel da justiça judiciária é de grande importância e não se pode õsublinhar o exclusivismo da leiö em detrimento de outras fontes, quicã da jurisprudência como fonte do direito.

No estudo do papel da jurisprudência, no direito da família romano-germânica, constata-se diversidades entre o seu entrelaçamento com a doutrina, pois, em alguns países, esta pouco se importa com aquela. Ressalta-se, no entanto, que para que a doutrina tenha uma noção justa do direito, é necessário que se atente para a õexistência e o desenvolvimento das compilações ou repositórios de jurisprudênciaã. Sobre a afirmação anterior, é necessário ressaltar que se há uma compilação ou repositório de jurisprudência, tal ocorre pelo fato de que assim foram concebidos para exercer o papel de fonte do direito, pois õsã convenientes para indicar o grau de importânciaã na família romano-germânica. Mas não se pode esquecer, como já foi mencionado anteriormente, que o papel da jurisprudência, por vezes, é dissimulado, pois se verifica uma propensão atual dos juízes em procurarem apoio num texto de lei. Há assim, uma õsubmissão cotidiana à leiö, ainda que seja pacífico que se õreconheça expressamente, que a lei pode não ter previsto tudoã. Portanto, há uma participação efetiva da jurisprudência na evolução do direito, mas velada, õatrás do processo de interpretação, verdadeiro ou fictício, dos textos legislativosã (DAVID, 2002, p. 147-149).

Destarte, nos países que adotam o direito da família romano-germânica, o legislador cria as regras do direito, mas existem também as regras de direito formuladas pela jurisprudência. Por óbvio que há papéis distintos (legislador e jurisprudência), pois o legislador cria os quadros

nos quais a jurisprudência move-se, ou seja, o papel do legislador é amplo, enquanto que o da jurisprudência é limitado, pois, em sua aplicação, é secundária quando se aborda a questão de autoridade, ou seja, a lei é primária. Com efeito, as regras estipuladas pela jurisprudência são suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, o que não ocorre com a lei. Há, portanto, a subsistência da jurisprudência enquanto os juízes e cada juiz a considerarem boa.

Saliente-se que, ainda no direito da família romano-germânica, em alguns países, o papel da jurisprudência tem outro enfoque. Com efeito, pode-se excepcionalmente fazer-se com que, num dado país, se torne obrigatório para os juízes seguirem determinado precedente ou linha de precedentes. Ora, a evolução da jurisprudência, sua constância, pode ser considerada uma regra consuetudinária e, como visto, em outro plano, um precedente obrigatório. Do direito da família romano-germânica pode-se citar alguns países que adotam regras de precedentes obrigatórios como a Argentina e a Colômbia, nos quais as decisões do Supremo Tribunal, em matéria constitucional, são vinculantes. O mesmo ocorre na Alemanha no que concerne às decisões da justiça constitucional. Em Portugal, a decisão (assentos) uma vez publicada, sendo oriunda do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, é vinculante (DAVID, 2002, p. 150-151 e 160-161).

No Brasil também há legislação sobre o tema, inclusive será objeto de tratamento em capítulo específico. Mas, pode-se afirmar, desde então, que o direito da família da *civil law* vem recebendo grande influência de outros sistemas e da própria evolução da sociedade e, por isso, não se pode mencionar que vem sofrendo uma grande crise nos seus pressupostos mais profundos, por causa de uma osmose sempre crescente com a área do *common law* e por causa da sutil erosão de velhas certezas sob o impulso dos fenômenos esmagadores da globalização jurídica. A aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* é notada ao final do século XX, pois houve a perda da centralidade dos códigos e leis naquele sistema, bem como houve o crescimento do constitucionalismo contemporâneo em ambos os sistemas e mais, confirmando tal aproximação, os tribunais pós-guerra, na *civil law*, foram reformulados assemelhando-se às cortes supremas da *common law* (DRUMOND; CROCETTI, 2010, p. 48-49).

Sobre o constitucionalismo, em ambos sistemas de direito (*civil law* e *common law*), é importante citar a Magna Carta de 1215⁷ devido ao exemplo das afirmações das liberdades e a proteção contra o despotismo real (DAVID, 2006, p. 73). No entanto, a Inglaterra sequer teve uma constituição formal e a expressão *constitucional law* é recente (1765-1769). Ora, para os ingleses a prévia noção de constituição é muito imprecisa (DAVID, 2006, p. 73).

Um ponto que deve ser ressaltado é que a noção de um direito constitucional entra em conflito com a tradição, já que para os ingleses o direito consiste essencialmente em ações na justiça e em normas processuais. Destarte, os ingleses não têm uma constituição formal e não querem tê-la, pois seria uma coisa ruim, na medida em que tendem a introduzir o rigor do direito, quando as resoluções deveria ser flexíveis. Mas, atualmente, pode-se afirmar que há um *Constitutional Law*, cujo objeto é estudar os meios pelos quais é possível impor aos governantes e à administração, por vias judiciais, o respeito ao direito. Em suma, o direito constitucional é parte do estudo das liberdades públicas e do controle de legalidade dos atos administrativos. No centro das liberdades públicas, o *Constitutional Law* tem como principais temas os remédios *precede rights*, em especial o *freedom from arrest*. O desenvolvimento do direito constitucional sempre se pautou pelas liberdades fundamentais e as liberdades individuais. Destarte, o direito constitucional inglês é balizado pelas leis espetaculares ó Magna Carta, *Bill of Rights*, *Habeas Corpus Act* ó que, de um modo sempre mais seguro, asseguraram o indivíduo contra detenção arbitrária (DAVID, 2006, p. 74-77).

Destarte, o papel da justiça judicial, da jurisprudência e dos precedentes é importante na evolução do direito que, em vários países da família romano-germânica, desemboca na adoção da teoria dos precedentes vinculantes e obrigatórios, tema bem presente no direito da família da *common law*, objeto de estudo do próximo subcapítulo.

2.2 O sistema jurídico da *common law*

O sistema jurídico da *common law* tem origem inglesa e desenvolveu-se de forma autônoma⁸, ou seja, não houve um ponto de partida (direito romano) como ocorreu na *civil law*.

⁷ De 15 de junho de 1215 - Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (USP, 1215, p. 01).

⁸ O traço marcante do desenvolvimento é a tradição, ao contrário da *civil law* que preza pela racionalidade e o caráter lógico.

Atualmente os sistemas inglês e norte-americano são expoentes da *common law*. O desenvolvimento daquele inicia-se no período anglo-saxônico (1066), pela instalação da *equity* com a coexistência da *common law* (1485-1832), pela reforma que acarretou na união da *equity* com a *common law* (1873-1875) e pela reforma constitucional de 2005 (HASELOF, 2018, p. 40).

Já o sistema norte-americano tem seu desenvolvimento marcado com a chegada da população inglesa no século XVII. Com efeito, no caso *Calvin* de 1608 ficou estabelecido que o sistema jurídico inglês da *common law* deveria ser aplicado a todas as colônias inglesas. No entanto, houve resistência à aplicação do direito inglês em solo norte-americano, mormente com a instituição dos Estados Unidos a partir das treze colônias em 1722. Posteriormente (século XVIII), a resistência passou a ser afastada, pois passa-se a enxergar no *common law* uma alternativa ao absolutismo real e proteção das liberdades públicas. Após a independência (1776 a 1783), a *common law* perde força com uma intensa codificação, mas, no século XIX, a tradição da *common law* ganha força e se estabelece como sistema norte-americano, mas como um *common law* autêntico e que, em muitos aspectos, se distingue consideravelmente do *common law* inglês (HASELOF, 2018, p. 51-52).

Como na literatura que trata do sistema jurídico da *civil law*, na *common law* há várias análises sobre o desenvolvimento de referido sistema, entretanto, o marco teórico pode ser encontrado nas obras de René David^{9 10} e, por isso, a maior parte da abordagem da *common law* se apoia em tal literatura.

O direito da família da *common law* é formada pelo direito inglês e apresenta muitas diferenças do direito da família da *civil law* (romano-germânica). O direito inglês é formado por decisões dos juízes que decidiam casos particulares, tratando-se de regras menos abstratas, pois visavam solucionar o caso em julgamento e não se preocupavam em formular regras para o futuro. Os juízes ingleses na *common law* se preocupavam em estabelecer a ordem perturbada do caso em julgamento, e não tinham a pretensão de lançar as bases da sociedade.

Da mesma forma como ocorreu no direito da família romano-germânica, o sistema jurídico da *common law* se difundiu no mundo pela colonização, bem como pela recepção

⁹ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneos, São Paulo, 2ª Edição, Ed. Martins Fontes, 2002.

¹⁰ DAVID, René. O direito inglês, São Paulo, 2ª Edição, Ed. Martins Fontes, 2006.

voluntária por diversos países. Outro ponto comum com a *civil law* são as diversas formas de recepção, ou seja, o direito inglês é diverso daquele que se encontra na Europa e em outros países que adotam a *common law*. Em países fora da Europa¹¹, a recepção também foi parcial, pois teve que se adaptar às tradições anteriores de civilização. De outro lado, diante das tradições de cada povo, a recepção do direito da família da *common law* também é diversa quando a formação da civilização é diferenciada da inglesa, como ocorreu no Canadá e nos Estados Unidos da América.

Devido à expansão por meio da colonização da Inglaterra, o direito da família da *common law* está, com algumas exceções, em todos os países de língua inglesa. Diante de seu nascedouro, bem como diante da expansão pela colonização, pode-se dizer que o berço da *common law* é a Inglaterra e, por isso, todo estudo sobre mencionada família deve iniciar-se pelo direito inglês.

Historicamente, até o século XVIII, a *common law* existiu somente na Inglaterra e, posteriormente, expandiu-se pelos continentes, sendo um grande sistema que originou o grande sistema norte-americano. É certo que, nos Estados Unidos da América, Índia e em outros países adeptos do sistema em comento, com suas diferentes formas de recepção e evolução, ainda consideram o direito inglês como um modelo, mesmo se afastando em certos pontos. O desenvolvimento do direito inglês ocorreu de forma autônoma, bem diverso do direito da família romano-germânica que passou pela renovação do direito romano e a experiência da codificação. No direito inglês, a tradição histórica é marcante, pois o jurista inglês gosta de valorizar a continuidade histórica de seu direito. A evolução do direito inglês é fruto da adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês que não foi perturbada por nenhuma revolução e, as que ocorreram no decorrer dos tempos, foram simples acidentes de percurso (DAVID, 2002, p. 24-26 e 351-355).

No direito inglês, pode-se registrar cinco grandes pontos históricos, sendo o primeiro o período anglo-saxônico; o segundo a formação da *common law* após a conquista normanda; o terceiro que se notabilizou com a rivalidade com a *equity*; o quarto que é considerado o período moderno que persistiu até o século XX; e, por fim, o período que se inicia com *The Constitutional Reform Act 2005*.

¹¹ Como na Índia e em países de povos muçumanos.

No primeiro período, há uma predominância do direito romano, mas mal conhecido. Com a conversão ao cristianismo, leis são redigidas e, com o passar do tempo, deixa-se a era tribal e inicia-se a fase feudal. As leis, ainda que existentes em um único soberano, têm âmbito estritamente local e, assim, não há direito comum a toda a Inglaterra. Com a conquista normanda, o período feudal é proeminente e as leis aplicadas são as do direito anglo-saxão, mas há um poder forte com experiência administrativa e centralizada. Posteriormente, com a publicação da *Domesday*, um documento que referencia domínios e lares na Inglaterra, há o início do desenvolvimento do direito que culmina na *common law*, ou seja, inicia-se propriamente dito o segundo período do desenvolvimento inglês.

A *comune ley*, como era chamada a *common law* no princípio, era o direito de toda a Inglaterra em oposição aos costumes locais. No entanto, na realidade este direito não existia, pois as cortes locais continuavam a aplicar o direito costumeiro iminentemente local. Destarte, a *comune ley* se desenvolve e segue sendo elaborada e ganha ênfase nos Tribunais Reais de Justiça. Na realidade, o desenvolvimento da *common law* decorre, principalmente do poder real à existência de tribunais reais fortemente centralizados (DAVID, 2002, p. 40, 357-359 e 364).

Pode parecer que o histórico do direito inglês não seja relevante, mas para conhecer tal sistema, é essencial saber as circunstâncias nas quais se formou a *common law*. Sobre a importância histórica do direito inglês, para se entender as condições sob as quais a *common law* se formou, afirma-se que:

[...] pelo menos em quatro aspectos elas marcaram, de modo duradouro, o direito inglês, no qual, ainda nos dias de hoje, podemos notar a sua influência. Em primeiro lugar, levaram os juristas ingleses a concentrar o seu interesse sobre o processo. Em segundo lugar, elas fixaram numerosas categorias e serviram para elaborar numerosos conceitos do direito inglês. Em terceiro lugar, levaram à rejeição da distinção entre o direito público e privado. Finalmente, em quarto lugar, criaram obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano [...] (DAVID, 2002, p. 364).

O terceiro período do desenvolvimento do direito inglês trata da rivalidade com a *Equity*, a qual ocorre devido a uma encruzilhada que a *common law* se encontrava, pois, com o formalismo, a existência da rotina dos homens das leis, o direito corria o risco de não se desenvolver com liberdade suficiente para dar satisfação às necessidades da época. Com isso, bem como com o declínio de outras jurisdições, permanecendo os tribunais da *common law*, foi necessário que se encontrasse um novo corretivo para as insuficiências da *common law*. No entanto, ocorre um período no qual as decisões dos tribunais passaram a ser contestadas,

inclusive ãos pr3prios Tribunais Reais deviam o seu desenvolvimento ao funcionamento desse mesmo princ3pio, pelo qual se podia apelar para o rei3. As intervenç3es do rei ameaçavam o desenvolvimento da *common law*, pois as decis3es reais eram tomadas considerando a 3equidade do caso particular3, sistematizando-se, criando-se, assim, as doutrinas equitativas 3que constituem adjunç3es ou corretivos aos princ3pios jur3dicos aplicados pelos Tribunais Reais3 (DAVID, 2002, p. 370-372).

Houve, ent3o, um decl3nio da *common law*, no s3culo XVI, e o direito ingl3s quase que se uniu 3a fam3lia dos direitos do continente Europeu3, fruto do triunfo da jurisdiç3o da equidade. No entanto, houve resist3ncia dos juristas ingleses que receberam apoio do parlamento. De outro lado, a morosidade e a falta de organizaç3o da *Equity* contrastava com o brilho, a modernidade e a boa administraç3o dos Tribunais de *Westminster*.

Posteriormente as decis3es fundadas na *Equity* perderam força, mas n3o deixaram de existir, pois passaram a ser aceitas se fundadas em precedentes da *common law*. Tal pormenor levou a exist3ncia de uma estrutura dualista no direito ingl3s, j3 que, ao lado das regras oriundas dos Tribunais Reais de *Westminster*, havia as decis3es fundadas na equidade que completam e aperfeiçoam as regras da *common law*. Finalizando o per3odo, na evoluç3o hist3ria da *common law*, 3a *equity* parece-lhes um conjunto de regras que vieram corrigir historicamente o direito ingl3s, e que constituem hoje uma peç3 integrante deste3.

O quarto per3odo do desenvolvimento do direito ingl3s 3 o per3odo moderno. No s3culo XIX, ocorreu uma transformaç3o, uma nova 3poca 3com o triunfo das ideias democr3ticas sob a influ3ncia de Bentham3, por meio de uma verdadeira revoluç3o com reformas e modernizaç3es, em especial, as introduzidas no processo, afastando-se as diversas formas de aç3o at3 ent3o existentes, privilegiando-se o direito substantivo. Ponto importante no desenvolvimento da *common law* foi a extinç3o da diferenciaç3o dos tribunais da *Equity* com os tribunais da *common law*, sendo que 3todas as jurisdiç3es inglesas passaram a ter a compet3ncia para aplicar, do mesmo modo, as regras da *common law* e da *equity*3. Houve tamb3m a revogaç3o de leis em desuso e a publicaç3o de uma consolidaç3o, mas 3 importante ressaltar que o direito ingl3s mant3m seu desenvolvimento essencialmente na obra dos tribunais (DAVID, 2002, p. 373-378).

Pode-se afirmar, ent3o, que, no per3odo da modernidade:

[...] os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, desde então, no que diz respeito à jurisprudência e legislação, a nova coleção dos Law Reports (criada em 1865), e no que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a enciclopédia das Laws of England [...] (DAVID, 2002, p. 378).

Já no século XX, por questões ligadas ao *Welfare-State*, muito dos novos problemas apresentados não estavam sendo solucionados pelo sistema da *common law* e, assim, culminou-se em conferir maior importância às leis e aos regulamentos, pois talvez os direitos romanos do continente europeu, familiarizados com a elaboração legislativa e doutrinal do direito, estejam mais preparados do que o direito inglês.

Com isso, mais ênfase ao direito legislado, pois nota-se um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu e tal pormenor é encontrado na nomenclatura das fontes do direito da família da *common law* (DAVID, 2002, p. 379).

Portanto, é de suma importância analisar as fontes do direito da família da *common law*. Comumente é dito que a fonte fundamental do direito inglês é a jurisprudência e, de outro lado, que a fonte fundamental do direito da *civil law* é a lei com a supremacia dos códigos. No entanto, a lei e a jurisprudência possuem papéis importantíssimos em ambos os sistemas, mas não desempenham as mesmas funções, pois os direitos das famílias da *civil law* e da *common law* possuem diferenças estruturantes (DAVID, 2002, p. 381). Ora, com a evolução da sociedade e dos sistemas jurídicos, há hoje muitas leis escritas na *common law*, inclusive códigos, mas não se deve deixar de citar que o sistema de precedentes vinculantes também atua neste universo, o universo da interpretação da lei (WAMBIER, 2012, p. 43).

Com efeito, o importante, em seu sistema, não são as regras, mas a estrutura dos conceitos jurídicos e suas categorias. Ora, através de múltiplas mudanças e revoluções, mantemos as palavras e os conceitos e mais, as novas regras são expostas no mesmo plano jurídico, o qual permanece inalterado por séculos. De outro lado, a regra na *civil law* carrega mais abstratidade, enquanto que, na *common law*, a *legal rule* situa-se em um nível de generalidade menor do que a do direito da família romano-germânica.

Outro ponto de diversidade de estrutura, a categoria do direito, revela a diferença entre os sistemas. Com efeito, na *civil law*, encontram-se divisões (direito criminal, de contratos, do trabalho) que não se encontra na *common law*, inclusive há certas categorias do direito inglês que sequer são traduzíveis ao francês, bem como não são categorias elementares na *civil law*. Essa diferença nas estruturas ocorreu devido à evolução histórica, pois o direito da família

romano-germânica foi fundado na lógica e no raciocínio, enquanto que a *common law* não se preocupou com a lógica que foi estabelecida nas legislações da *civil law*, pois, na *common law*, o direito consistia na imposição pelo processo.

Por fim, a diversidade das fontes, consubstanciada pelas diferenças de categorias e conceitos, oriundos da evolução histórica também diferenciada, acarretou outra forma de diferenciação, qual seja, a formação do jurista nos mencionados sistemas. Com efeito, na *civil law* o direito nasceu das atividades das universidades da Europa no século XII que dominou o sistema por meio das doutrinas, mas as universidades não ensinavam a prática, dedicando-se somente a destacar as regras mais justas e conforme a moral. Assim, enquanto, na *civil law*, o jurista recebe sua formação nas universidades, o jurista da *common law* é formado pela prática, inclusive, quando é obrigatória uma licenciatura para se tornar advogado ou solicitor, esta licenciatura pode ser de outra que não direito (DAVID, 2002, p. 24, 35, 42, 382-387).

Sobre o tema ressalta-se que:

[...] o Direito inglês não é um Direito de universidades, nem um direito dogmático, consiste em um Direito de processualistas e de práticos. O grande jurista na Inglaterra é o juiz, oriundo da fileira dos práticos, e não o professor da Universidade, até mesmo porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudava nas universidades, nenhum dos grandes juízes do século XIX possuía título universitário [...] (STRECK; ABOUD, 2015, p. 23).

A título de ilustração, no direito norte-americano, diante da estrutura fundada na constituição, leis dos estados-membros e dos inúmeros precedentes que orientam o sistema jurídico, o estudo do direito é diferenciado dos países da *civil law*. O método de estudo, nas universidades norte-americanas, impõe aos alunos, desde o princípio, o estudo de casos e o aluno é tentado a pensar como advogado logo nos primeiros dias (GODOY, 2004, p. 211).

Sobre tal ponto, ensino da *common law* pela prática, é necessário ressaltar que tal pormenor não retira a importância do ensino do direito nas universidades dos países de mencionado sistema jurídico. No direito norte-americano¹², por exemplo, verifica-se que os bancos de universidades estão se dedicando a apresentar a prática dos conflitos que desaguam no Poder Judiciário. Note-se que as primeiras universidades¹³, no continente norte-americano, adotavam modelo semelhante ao das universidades inglesas, inclusive incluindo a análise dos comentários de Willian Blackstone, em *Commentaries on the laws of England*. Com a adoção

¹² Do sistema da *common law* que será tratado ainda no presente capítulo.

¹³ A primeira data de 1784 em *Connecticut* (GODOY, 2004, p. 214).

do modelo de estudo de caso, as universidades norte-americanas passaram a exigir mais disciplina dos alunos, pois, logo no início das aulas, eles recebem o *syllabus*, ou seja, uma lista com todo o conteúdo das atividades e as leituras para todo o período letivo, impondo aos alunos uma carga pesada de leitura. Note-se que os alunos devem estar preparados constantemente, pois há *õsabatina* em todas as aulas¹⁴ (GODOY, 2004, p. 211-217).

Com efeito, na Universidade de Havard (EUA), um dos cursos mais famosos é de Filosofia do Direito¹⁴ com aulas com mais de 1.000 alunos presentes durante o semestre. O interessante para o presente trabalho, no que diz respeito à formação do jurista no sistema da *common law* em contraposição ao jurista da *civil law*, é que, mesmo tratando-se de um curso de filosofia com textos de Aristóteles, Immanuel Kant, Jeremy Bentham, John Rawls e outros, o curso todo é centrado em casos¹⁵ que comportam discussões e dilemas sobre justiça e moral, mas nunca se afastando da prática dos tribunais (SANDEL, 2014).

No estudo das fontes, pode-se afirmar que, no direito da *civil law*, é possível apresentar as diversas fontes com suas categorias e conceitos, o que é difícil no direito inglês, posto que as suas categorias foram sendo construídas na medida em que eram propostas as ações. No entanto, como já alinhavado, o direito inglês da família da *common law* é um direito jurisprudencial formado pelos Tribunais de *Westminster* e pelas *Equity*. O *case law*, portanto, é a fonte primária do direito inglês, pois teve pouca influência das universidades e da doutrina, bem como nunca efetivou uma reforma pela codificação, permanecendo as origens do direito jurisprudencial.

Sobre o direito jurisprudencial, é necessário analisar a diversidade de seu papel no direito das famílias da *common law* e da *civil law*, bem como a existência e a aplicação dos precedentes em ambas famílias do direito. No direito inglês, se reconhece a autoridade das decisões judiciais, ou seja, a fonte principal é a jurisprudência. Entretanto, é importante informar que a jurisprudência ostenta papel diferente nos sistemas em decorrência da organização judiciária. Com efeito, historicamente reconhece-se a organização judiciária inglesa como muito complexa, mas, com o passar do tempo, houve, de certo modo, uma racionalização. Com isso, hoje pode-se acentuar que a organização tem uma distinção básica, a alta justiça e a baixa (DAVID, 2002, p. 35, 387 e 415-417).

¹⁴ *Justice*, Prof. Michael J. Sandel.

¹⁵ Casamento de pessoas do mesmo sexo; Suicídio assistido; Aborto; Imigração; Impostos; Política; Moral nos mercados.

A alta justiça é composta pelos tribunais superiores, nos quais se concentram as atividades dos juristas ingleses, pois tais tribunais não se limitam a resolver os processos, uma vez que suas decisões formam os precedentes. Já a justiça baixa é composta por tribunais inferiores nos quais são resolvidas a maior parte dos litígios e as sentenças têm seu interesse limitado à espécie (DAVID, 2002, p. 417).

Na justiça alta, pode-se centralizar o estudo na *Supreme Court of Judicature* que é composta pelo *High Court of Justice*, o *Crown Court* e o *Court of Appeal*. O *High Court of Justice* trata das questões do Banco da Rainha, da Chancelaria e da Família. Os juízes são advogados de elevada dignidade que são recrutados e constituem o coroamento do sucesso profissional e social. Já o *Crown Court* é composto por juízes do *High Court of Justice*, ou por um juiz do circuito¹⁶, e tem competência para julgar os casos criminais. Há ainda, dentro da estrutura da *Supreme Court of Judicature*, como visto acima, a *Court of Appeal*. Trata-se de um tribunal de segundo grau, inclusive há um colegiado específico para os casos criminais, qual seja, a *Criminal Division*. Nos recursos julgados pela *Court of Appeal*, as decisões são formadas por maioria.

Dentro de tal estrutura, há ainda uma corte excepcional, qual seja, a Câmara dos Lordes que julga casos excepcionais de recursos contra as decisões da *Court of Appeal*. Poucos são os casos julgados pela mencionada câmara, pois são admitidos casos específicos, não mais que quarenta casos por ano. A câmara é composta por onze juízes, os *Lords of Appeal in Ordinary* que são presididos pelo Lorde Chanceler. Por fim, como na *Court of Appeal*, na Câmara dos Lordes, as decisões são tomadas por maioria. Nas jurisdições inferiores, há uma grande variedade de cortes de justiça de acordo com o tipo de demanda. Os *County Courts* são encarregados da justiça local cível. Já os casos criminais são analisados pela *Justice of the Peace*, por magistrados se as questões são simples (*petty offences; summary offences*). Mas se as questões são graves (*indictable offences*), os magistrados realizam uma análise para verificar se existem ou não indícios de culpabilidade para apresentar o acusado perante o *Crown Court*. Das decisões dos magistrados no *County Courts*, é possível interpor recurso para o *Court of Appeal*, para o *Crown Court* ou para a seção do Banco da Rainha, de acordo com o tema julgado (DAVID, 2002, p. 418-422).

¹⁶ São juízes que exercem a função em tempo integral (DAVID, 2002, p. 418).

Pelo que se analisou até então, as cortes superiores são proeminentes e formam o Poder Judiciário da Inglaterra, inclusive é a elas e aos juízes dos tribunais superiores que se deve, historicamente, a elaboração da *common law* e da *equity*. Note-se que as cortes superiores dominam a elaboração do direito e a administração por seus regulamentos. Isso ocorre também pela existência de um Poder Judiciário concentrado, em especial, nos Tribunais de Westminster. Enfim, os tribunais superiores têm poderes para fazer respeitar suas decisões, quais sejam, os precedentes, tema que será abordado na sequência.

Anteriormente foi apresentada a teoria das fontes do direito da família romano-germânica que se resume, primordialmente, em um corpo de regras preestabelecidas. Foi visto também que as decisões judiciais possuem autoridade, mas a jurisprudência de modo algum são consideradas, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras do direito. Na família do direito da *common law*, a situação é diferente. No direito inglês, as regras do direito foram criadas pelos Tribunais Reais de Westminster, ou seja, a função da jurisprudência não foi só de aplicar, mas também a de destacar as regras do direito. Nesse ponto, a *Rule of Precedent* é um correlato lógico de um sistema jurisprudencial e os juízes devem recorrer ao *Stare Decisis* e respeitar os precedentes judiciais (DAVID, 2002, p. 424-428).

Portanto, o precedente e o direito jurisprudencial são fontes primordiais do direito inglês. No entanto, sobre o alcance do precedente, deve-se apresentar algumas questões. Primeiro é certo que as decisões proferidas pela Câmara dos Lordes são precedentes obrigatórios, devendo ter eficácia horizontal e vertical. Segundo, as decisões proferidas pela *Court of Appeal* são obrigatórias aos tribunais inferiores (eficácia vertical do precedente), entretanto, em se tratando de matéria criminal, a eficácia é para os tribunais inferiores e para a própria Corte, ou seja, eficácia vinculante horizontal e vertical.

Já as decisões proferidas pelo *High Court of Justice*, como terceira questão ao sistema de precedentes e jurisprudência, tem tratamento diverso, pois não são vinculantes, mas têm um grande valor de persuasão e são geralmente seguidas pelas diferentes divisões da mencionada Corte e também pelo *Crown Court* (DAVID, 2002, p. 428-429).

Sobre o tema em análise afirma-se que:

[...] é conveniente sublinhar que os únicos precedentes obrigatórios são constituídos pelas decisões emanadas dos tribunais superiores, isto é, do Supreme Court of Judicature e da Câmara dos Lordes. As decisões emanadas de outros tribunais ou organismos quase-judiciais podem ter um valor de persuasão; não constituem nunca precedentes obrigatórios [...] (DAVID, 2002, p. 429).

É de vital importância lembrar da existência do *Statute* na *common law*, pois a lei estava presente no direito inglês, mas possuiu papel secundário por longo tempo e servia somente para corrigir e acrescentar elementos ao direito jurisprudencial. Atualmente a lei tem mais relevância na *common law* do direito inglês, inclusive pode-se afirmar que tem papel semelhante ao do direito Europeu. Note-se que, ao contrário do que ocorria, a lei não tem mais função corretiva da jurisprudência, pois hoje existem vastos setores da vida social cujos princípios jurídicos reguladores devem ser procurados na obra do legislador. É de bom alvitre enfatizar que as leis inglesas são mais casuísticas, mas a generalização é inevitável. De outro lado, o jurista inglês ainda tem dificuldade de se habituar às regras instituídas pelo legislador.

Sobre tal conflito do jurista inglês, os princípios contidos na lei só são plenamente reconhecidos pelos juristas ingleses e verdadeiramente integrados no sistema da *common law* quando são aplicados, reformulados e desenvolvidos pelas decisões da jurisprudência. Ao lado da jurisprudência e da lei, há ainda, no direito inglês, como no Europeu, o costume. Advirta-se que o direito inglês, por não ser um direito escrito, ao contrário do que comumente se fala, não é um direito consuetudinário. Ora, os costumes locais na Inglaterra foram substituídos pela *common law*, portanto, um direito jurisprudencial e não consuetudinário. No entanto, o costume é uma fonte do direito inglês. Secundário, o costume pode influenciar, com suas regras, a *common law*, mas o processo de constituição do direito é fundado na razão. É certo que o costume imemorial importante perde seu caráter de costume quando é consagrado na lei ou na jurisprudência, pois ocorre a flexibilização e a evolução quando passa a ser uma regra (DAVID, 2002, p. 415 e 437-442).

Tais assertivas são o que comumente se encontra nos livros que abordam a temática, mas isso pode se alterar, já que ocorreram recentes alterações no sistema da *common law* inglesa. Trata-se do quinto período de sua evolução, ou seja, o último marco do desenvolvimento do direito da *common law* ocorreu na reforma de 2005 (*The Constitutional Reform Act 2005*). Com efeito, o *Lord Chancellor* fazia parte do governo e era chefe do Poder Judiciário inglês. Como se viu anteriormente, a mais alta Corte do Reino Unido era a *House of Lords*, composta pelos *Law Lords*, que eram indicados pela rainha. Havia, portanto, uma incongruência, quiçá uma afronta ao princípio da separação dos poderes, já que o chefe do Poder Judiciário era membro de uma das casas do Parlamento Britânico e a *House of Lords*, antes da reforma, possuía atribuições jurisdicionais e como seu representante e porta-voz atuava o *Lord Chancellor* (HASELOF, 2018, p. 49).

Pode-se afirmar que a reforma de 2005 criou uma nova Suprema Corte, independente e longe da ingerência administrativa e política da Coroa sobre o Poder Judiciário. Com efeito, a reforma transferiu as atribuições jurisdicionais do *Lord Chancellor* aos Presidentes dos Tribunais da Inglaterra e do País de Gales e mais, as indicações dos membros do judiciário passaram a ser feitas por uma comissão especial, assegurando independência, bem como que as escolhas recaíssem sobre profissionais do Direito em todo o Reino Unido.

Sobre essa etapa da evolução da *common law*, no direito inglês, ressalta-se que:

[...] a mudança ocorreu em 1º de outubro de 2009, a partir de quando a nova Suprema Corte surge com servidores, orçamento e instalações próprias, assim como sistema independente de indicações para seus cargos. O dia 1º de outubro de 2009 também é o marco a partir do qual a Suprema Corte assume a jurisdição como mais alta corte de apelação, competência que antes era da House of Lords, ocasião na qual ocorre definitivamente a separação da função jurisdicional das funções do parlamento no sistema inglês [...] (HASELOF, 2018, p. 50).

Portanto, a partir da reforma em comento, a Suprema Corte do Reino Unido é a instância competente para julgar em última instância as causas cíveis de todas as partes do Reino Unido, bem como as causas criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte (HASELOF, 2018, p. 49).

Foi visto que o direito da família da *common law* inicia-se pelo direito inglês e, com o tempo, passou a se expandir para outros países. Então, é importante traçar um panorama, ainda no tema de evolução da *common law*, do direito norte-americano que se tornou uma das grandes expressões, um grande sistema mundial. O sistema inglês, portanto, com a expansão tornou-se um grande sistema de direito, como o do direito romano. Como no direito da família romano-germânica, sofreu alterações e adaptações nos países que admitiram o sistema.

A *common law* do direito norte-americano possuiu uma evolução diferente do direito inglês. Com a formação das 13 colônias o direito inglês passou a ser aplicado desde que as regras fossem apropriadas às condições de vida reinantes nessas colônias. No início do século XVIII, o direito inglês não era muito aceito, pois não adequado à vida dos colonos, já que se tratava de um povo novo com problemas novos cuja resposta aos seus anseios a *common law* não fornecia (DAVID, 2002, p. 447-450).

Com efeito, o período que antecede a independência americana, bem como o período da construção da constituição foi marcado pela desconfiança com o regime inglês que era considerado como sinônimo de corrupção, opressão e tirania (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011,

p. 131). Destarte, as colônias viviam sob o arbítrio dos magistrados, bem como em um direito baseado na *Bíblia* o que redundou na necessidade de um direito escrito, ou seja, a codificação, como ocorreu em Massachusetts (1634) e na Pensilvânia (1682). De tal acontecimento, pode-se deduzir que os norte-americanos eram favoráveis à lei escrita, ao oposto dos ingleses.

Ainda no século XVIII, com a evolução das colônias, houve a necessidade de que o direito também fosse evoluído, momento em que a *common law* se apresenta como uma melhor saída à proteção das liberdades públicas, bem como das ameaças do Canadá francês. A partir de então, os tribunais americanos manifestam a intenção de aplicar diversas leis inglesas. Com a independência em 1776 e a formação dos Estados Unidos da América, houve a necessidade de que se fixasse um direito autônomo para a América. Mas houve divergências, pois havia o sentimento de que seria melhor adotar um sistema codificado, como ocorreu na Louisiana (DAVID, 2002, p. 450-452).

Passada a independência e com a vinda da constituição, ainda havia o assombro quanto as consequências da luta revolucionária. Não existia, portanto, nas colônias emancipadas, nenhum modelo óbvio a ser seguido na elaboração da arquitetura social, política e econômica nos novos estados, talvez pelo fato de que não houve um planejamento consciente, intencional e finalístico dos protagonistas da luta política (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 131).

Neste sentido, afirma-se que:

[...] o caminho histórico que conduziu à construção da formalidade constitucional e com todos os seus atributos de rigidez, de supremacia do texto da constituição e de estabelecimento de um controle judicial não ter sido inteiramente previsto pelos arquitetos da Constituição de 1787 [...] (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 121).

Assim, mesmo após a independência e a vigência da constituição, a fundação das bases do constitucionalismo americano se deve às transformações do regime político e vem se estabelecer, com a experiência prática e institucional do direito no século seguinte (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 132).

A luta entre a *common law* e a *civil law* perdurou durante o século XIX, inclusive muitos movimentos levaram à adoção de códigos a inúmeros territórios e a tradição da *common law* era desconhecida e pouco desejada por muitos. Contudo, com o passar dos anos, a *common law* triunfou, talvez pela língua inglesa ou pela expansão do povo originalmente inglês. A adesão à *common law* foi expressa em alguns Estados, mas não em outros, pois não se julgou útil fazer

uma proclamação, mas adotou-se o sistema inglês. Note-se que as divergências entre adotar o sistema da *civil law* ou da *common law* não passaram incólumes, pois mesmo com a adesão ao sistema inglês, na América houve a recepção com caracteres particulares (DAVID, 2002, p. 452-454).

Há, assim, a adesão ao sistema inglês conservando-se, em uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e a teoria das fontes do direito inglês, mas a *common law* norte-americana é *sui generis*. Portanto, muitas regras do sistema inglês nunca foram introduzidas na América, pois, como dito, não se adaptavam às condições prevalentes na América. É importante pontuar também que o direito inglês deveria ser cumprido fora de seu território se as leis do Parlamento de *Westminster* assim o determinassem. De outro lado, o direito inglês também teve sua aplicação durante o domínio da Inglaterra sobre aquele território. Assim, nada havia sobre a adoção do direito inglês após a independência das colônias.

Portanto, o desenvolvimento dos dois direitos, inglês e americano, é, em princípio, independente desde o advento da soberania americana. Sobre o tema ressalta-se que: o direito dos Estados Unidos não pode ser o direito inglês; está dele separado por toda a distância que separa a vida e a civilização americana da vida e da civilização inglesa. Assim, são direitos diversos, mas não se pode negar que, durante muito tempo, a Inglaterra foi, para os juristas americanos, um modelo, o que redundou, em alguns aspectos, em uma marcada semelhança.

Ainda que haja semelhanças, nunca houve uma fusão entre os dois direitos. Muitos são os fatores que separam os direitos americano e inglês, como, por exemplo, o fato de a Inglaterra ser uma nação unitária e os Estados Unidos da América serem um estado federal o que, por óbvio, caracteriza a diversidade de interesses e a existência de particularidades inconciliáveis.

As regras do direito inglês e norte-americano se afastaram com o tempo, pois o direito americano evoluiu sob a influência de fatores próprios e é profundamente diferente do direito inglês. E não é só, os conceitos com o tempo também se diferenciaram, pois a estrutura da *common law* norte-americana, a formação profissional e a teoria das fontes são diversas. No entanto, apesar das diferenças, inclusive na prática da aplicação do direito, é importante ressaltar que os americanos se consideram, sem hesitação, como membros da família da *common law* (DAVID, 2002, p. 454-458). Enfim, a *common law* britânica e a *common law* norte-americana se converteram em instituições independentes, mas certamente emparentadas, porém claramente distintas e diferentes (TUNC, 1971, p. 89).

No estudo da *common law* nos Estados Unidos da América, ponto crucial é a análise das fontes do direito. Por óbvio que há semelhanças com o direito inglês e, assim, pode-se afirmar que se trata de um direito eminentemente jurisprudencial. Mas é importante ressaltar que há uma tendência do aumento da importância da lei, ou seja, a evolução do direito é, doravante, em múltiplos e importantes setores, comandada pela legislação. Nos Estados Unidos da América, tal pormenor não pode causar espanto, mormente por possuir uma declaração de direitos (*Bill of Rights*) e uma Constituição Federal escritas (DAVID, 2002, p. 477-478).

Como já anunciado anteriormente, os juristas americanos, assim como os ingleses, consideram a jurisprudência a forma ordinária da explicação do direito. Ainda que confirmem à jurisprudência papel importante no direito, há diferenças quando se trata das fontes do direito, em especial, como funciona a regra do *Stare Decisis*. Com efeito, diante da estrutura do direito norte-americano, a regra do *Stare Decisis* não obriga os próprios tribunais (Supremo Tribunal dos Estados Unidos e Supremo Tribunal dos Estados).

Isso decorre da diversidade na organização judiciária, pois, nos Estados Unidos da América, o sistema não possui apenas uma jurisdição no topo da hierarquia (DAVID, 2002, p. 479). Trata-se de uma característica marcante, mas também é um complicador, havendo dois sistemas em convivência diuturna (federal e estadual), sendo que a Suprema Corte dá a última palavra em relação ao direito federal, mas não ao direito estadual (FINE, 2011, p. 3).

Portanto, não se pode falar em um único sistema judicial, nos Estados Unidos da América, e, via de regra, cada caso será decidido dentro da esfera de atuação e a decisão não migra de um para o outro (FINE, 2011, p. 31). Assim, os tribunais federais têm, na sua base, nos tribunais de distrito, as cortes de apelação e ainda os recursos ao Supremo Tribunal dos Estados Unidos. Destarte, o sistema judicial federal é baseado em uma estrutura hierárquica, como uma pirâmide (DAVID, 2002, p. 479-481).

Já nos Estados, a organização é diversa: cada Estado possui o próprio sistema de cortes, autônomo e independente, ou seja, uma organização judiciária própria criada pelas leis estaduais, mas que devem respeitar o *due process of law* e as regras previstas na constituição. Como no sistema federal, o sistema estadual é estruturado em um modelo tríplice composto por tribunais de julgamento, tribunais de apelação intermediários e por uma última instância (FINE, 2011, p. 47-48). Em síntese, nos Estados há três graus de hierarquia no judiciário: um supremo tribunal, um tribunal de recurso e uma jurisdição de primeira instância.

Destarte, a *common law*, nos Estados Unidos da América, não tem a mesma aplicação que ostenta na Inglaterra. Se busca também a segurança jurídica na América do Norte, mas diante da diversidade do direito aplicado nos diversos Estados, a regra do *Stare Decisis* resta enfraquecida.

Sobre o tema de diversidade da aplicação do *Stare Decisis*, na *common law* inglesa e norte-americana ressalta-se que:

[...] a concentração do Poder Judiciário em Londres é o fator que tem sido decisivo na elaboração da *common law* inglesa. A dispersão é inevitável e da justiça americana levanta questões que não apresentam na Inglaterra, e tende, particularmente, a fazer adotar pontos de vista mais flexíveis, ligados à autoridade das decisões judiciais [...] (DAVID, 2002, p. 484).

De toda forma, a regra do *Stare Decisis* e a teoria dos precedentes têm papel importante no desenvolvimento do direito dos Estados Unidos da América, sendo a questão levantada anteriormente (possibilidade de desvio) periférica, pois parte refuta a regra e outros, mais avessos às mudanças, afirmavam que ela era uma peça essencial do sistema. Por fim, com o passar do tempo, não se nota muitas diferenças, pois, atualmente, em ambos os sistemas, se estabeleceu um equilíbrio entre as necessidades contraditórias de segurança e de execução.

É importante ainda trazer ao debate a existência do *Restatement of the Law* no sistema norte-americano. Trata-se, com efeito, de publicações sob uma forma sistemática das regras da *common law*. Pode-se parecer, à primeira vista, uma codificação como ocorre nos países que adotam o direito da família da *civil law*, mas não é. Os *restatements*¹⁷ são publicações privadas e sua autoridade é variada e não é de modo nenhum utilizado nos Estados Unidos como um código. Sobre a correta definição do *Restatement of the Law* afirma-se que: o *restatement* é uma espécie de digesto em que se podem descobrir, utilizando um plano sistemático, as decisões de jurisprudência que são importantes na espécie. Portanto, apesar de possuir grande aceitação e grande valor para os juristas, os enunciados expostos de forma sistemática não são códigos (DAVID, 2002, p. 479-481 e 489-493).

Anteriormente foi dito que as leis possuem papel importante no direito da *common law* norte-americana. Neste sentido há uma constituição federal, leis federais e estaduais. Diante disso, alguns princípios aceitos nos Estados Unidos da América não são na Inglaterra, como, por exemplo, o controle realizado pelo judiciário sobre a constitucionalidade das leis. É certo

¹⁷ O tema dos *Reports* é tratado no Capítulo 5.

que a existência da lei (*statue*), em um país que adota o direito da família da *common law*, é õuma peça estranhaõ e mais, só acrescenta alguns õaditivos, retificações de pontos particularesõ do sistema.

No entanto, atualmente nos Estados Unidos da América, houve uma proliferação de códigos e leis diante da necessidade de que os cidadãos e juristas conhecessem o direito, bem como para ordenar o sistema jurídico. Note-se que os códigos, no direito norte-americano, nada mais são do que reprodução da regra proposta pela jurisprudência e a interpretação é diversa da *civil law*, pois neste a lei é ponto de partida, enquanto que naquele, a lei não é ponto de partida, mas reflexo da jurisprudência que sempre foi a fonte do direito no sistema da *common law* (DAVID, 2002, p. 494-497 e 506).

Nota-se, então, que o desenvolvimento da *common law* e da *civil law*, por diversos fatores, seguiram rumos diversos, ainda que os desafios cotidianos fossem semelhantes. Cada sistema encontrou as soluções de acordo com a sociedade que se estabelecia (PAIXÃO; BIGLIAZZI, 2011, p. 31-34). Mas, com o passar dos anos e do desenvolvimento da ciência do direito, ocorreu um contato entre o direito da *civil law* e da *common law*. Ambas famílias sofreram influência da õmoral cristãõ, bem como da doutrina filosõfica, do individualismo, do liberalismo e dos direitos subjetivos.

Atualmente, a *common law* conserva suas tradições, mas aumentou o papel da lei, fazendo com que õos dois sistemasõ se aproximem. Na *civil law*, bem como na *common law*, a regra do direito e os ideais de justiça se assemelham em muito. Tal fenõmeno de aproximação dos sistemas fez nascer a ideia de sistemas mistos, como os existentes na Escõcia, Israel, África do Sul e Filipinas (DAVID, 2002, p. 26).

Ora, a aproximação dos sistemas das famílias da *common law* e da *civil law* é apontada pela necessidade crescente da criatividade que se espera dos juízes, na atividade, em sua função judiciária do dia-a-dia de criar o direito. É certo que há diferenças fundamentais entre os sistemas, mas, nas duas famílias jurídicas, verifica-se o aumento da criatividade entre os juízes. Neste sentido, õno nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídicaõ (CAPPELLETTI, 1999, p. 123 e 133-134).

A história do direito das famílias da *civil law* e da *common law* apontou para um desenvolvimento diversificado, com aproximação entre os sistemas, e mais: suscitou-se a

questão do surgimento de sistemas misto, ou seja, a *mixed jurisdictions* e os *mixes legal systems*. O tema é relativamente novo, pois, somente nos últimos cem anos, que se identificou tal fenômeno. Nesse aspecto, ocorre o surgimento de um novo sistema, misto, quando sistemas da *civil law* são permeados, ãem algum nível, pelo direito da *common law*.

Como no desenvolvimento da *civil law* e da *common law*, o sistema misto surge pela expansão territorial, bem como pela recepção voluntária de tradições do sistema que se incorporam ao sistema existente. Normalmente há a junção dos sistemas da *civil law* e da *common law*, mas há também o *mixed legal systems* no qual há outras ãmisturas, envolvendo várias combinações. Como exemplo pode-se citar a junção da *civil law* com uma *common law* que ostenta incorporações de leis religiosas como mulçumana, hindu, judaica e tribal, ãresultando numa mistura ainda mais complexa.

No entanto, em uma concepção clássica, os sistemas mistos são variações de um sistema da *civil law* com referências ao da *common law* e vice-versa. No Brasil, tradicionalmente adotou-se o direito da família da *civil law* em decorrência da colonização portuguesa, bem como diante da influência do direito europeu sobre toda a América Latina. Mas não se pode deixar de citar o impacto do direito da família da *common law*, pois, com a Constituição da República de 1891, adotou-se o sistema de controle de constitucionalidade oriundo, em específico, do direito norte-americano. Tal influência foi gradual, alcançando o sistema processual e o controle de constitucionalidade típico da *common law*. E mais, a influência da *common law*, paulatina, acabou por introduzir, no sistema brasileiro, ãmecanismos de vinculação aos precedentes.

Em ambos os sistemas, *civil law* e *common law*, as decisões judiciais e as leis possuem papel importante na forma da administração da justiça. Em relação ao ponto dos sistemas mistos, a *civil law* recebe influência da *common law*, aderindo ao seu sistema, instituto do direito. O inverso também ocorre, pois países que adotam leis costumeiras e leis religiosas paulatinamente sofrem influência da *civil law* (HASELOF, 2018, p. 61-64).

Sobre a amplitude da miscelânea dos sistemas constata-se que:

[...] a mesclagem de institutos de diversas tradições como common law, civil law, direito costumeiro, lei religiosa (hindu, mulçumana, judaica), nada mais é do que o retrato da complexidade do mundo contemporâneo, globalizado, no qual a diversidade não é mais contida pelas fronteiras, e o intercâmbio de ideias, culturas, valores, regras de convívio social e negócios necessita de maior abrangência e segurança [...] (HASELOF, 2018, p. 64).

Mas, diante de tudo o que foi visto, indaga-se: o que é melhor? O direito das leis da *civil law* ou o direito dos precedentes da *common law*? A resposta não é simples, mormente pelo que foi visto acima no que diz respeito à aproximação dos sistemas jurídicos das mencionadas famílias do direito, bem como pela constatação de que a recepção, a adaptação e a evolução do direito por um sistema jurídico acarreta na criação de um sistema diversificado e até um sistema misto, híbrido.

Não é tarefa fácil dizer o que seria o bom direito. Há uma diversidade de opiniões e não há consenso diante da circunstância de que critérios universalmente aceitos são aparentemente difíceis de encontrar, mas é possível afirmar que um bom direito é aquele aplicado com amplo consentimento público e os tribunais devem ser imparciais para com todas as seções do povo, nenhum grupo deve sentir-se excluído ou oprimido.

Neste contexto, as leis e os códigos possuem vantagem de exprimirem certeza obrigatória, já que todos, cidadãos e juristas, sabem o que é o direito vigente e, assim, não precisam se preocupar com regras costumeiras que podem repentinamente surgir do nada e atrapalhar suas expectativas legítimas. Como desvantagem pode-se citar a falta de flexibilidade e o descompasso da legislação com a realidade social. Já o precedente tem como vantagem¹⁸ a manutenção do sentido da decisão anteriormente proferida, pois historicamente o precedente sempre foi considerado sagrado, já que os juízes preferiam sacrificar a justiça e a equidade para preservar a autoridade do precedente sob o fundamento de que tal pilar da *common law* seria demolido se o precedente não fosse obedecido. Como desvantagem, cita-se a falta de estrutura conceitual e genérica exigida de um sistema jurídico (CAENEGEM, 2010, p. 90 E 114).

As discussões sobre o tema na literatura são intermináveis, mas, como visto, a interpenetração de institutos de um em outro sistema é um movimento sem volta, talvez devido à globalização, bem como talvez seja decorrente de um processo em ampla expansão¹⁹ e mais: há a mistura de sistemas sempre na busca incessante pela justiça e, por certo, pela segurança jurídica e previsibilidade das relações jurídicas. Ora, os sistemas mistos se originam, dentre outros fatores, pelo reconhecimento das vantagens de um e outro sistema, que, associados, permitem um sistema mais avançado. Por fim, o conceito de sistemas misto é impreciso e

¹⁸ No Capítulo 3, é realizada uma análise das vantagens e desvantagens da teoria dos precedentes.

¹⁹ Pode-se citar, a título exemplificativo, os sistemas mistos da Louisiana, Quebec, Porto Rico, África do Sul, Zimbábue, Botswana, Lesotho, Swaziland, Namíbia, Filipinas, Sri Lanka, Escócia, África, Irã, Egito, Síria, Iraque e Indonésia (HASELOF, 2018, p. 67-68).

ainda em construção, sendo prematuro apresentar um conceito fechado (HASELOF, 2018, p. 64-68 e 76).

Finalizando, há diferenças estruturantes nos sistemas da *civil law* e da *common law*, pois em um o método dedutivo estaria ausente e no outro a técnica da indução seria um recurso metodológico de natureza excepcional. No entanto, a busca pela justiça formal, nos dois sistemas, leva-se a afirmar que a técnica do direito jurisprudencial é a mesma, conforme a seguinte afirmação de Bustante:

[...] conluo que o fundamento do direito jurisprudencial (case law) no common law e no civil law é o mesmo, e isso pode ser comprovado seja quando enfocamos o Direito a partir das teorias gerais do Direito de corte positivista, como a de Hans Kelsen, ou quando procuramos estabelecer o fundamento filosófico da obrigação de levar em consideração o precedente judicial [...] (BUSTAMANTE, 2012, p. XXIV).

Enfim, é importante lembrar que há divergências sobre o tema (se os métodos da *civil law* e *common law* são diversos), mas a atividade fim do Poder Judiciário, seja de que sistema for, é a mesma, pois o sistema normativo, oriundo do precedente judicial, é semelhante, na *civil law* e na *common law*, pois as diferenças cingem-se no grau de discricionariedade, já que o processo hermenêutico de raciocínio por precedentes é idêntico em todo lugar onde ele é encontrado (BUSTAMANTE, 2012, p. 542).

2.3 Considerações parciais

Encerrando a análise da temática proposta, contata-se acima uma comparação entre o direito das famílias da *civil law* e da *common law*, bem como nuances da evolução histórica dos sistemas jurídicos. Com efeito, a história do desenvolvimento diversificado entre o direito inglês, norte-americano (*common law*) e dos países da família do direito romano-germânica (*civil law*) justificam a diversidade de como o jurista trata o sistema jurídico. Ora, o direito inglês se estabeleceu com a construção empírica realizada pelos juízes que redundou na *common law*. Já o direito francês (*civil law*) se estabeleceu pela expansão e pela recepção do direito romano.

Tanto no direito da *civil law* como da *common law* houve a expansão dos sistemas para outros países, inclusive, também em ambos se notou que houve a recepção do sistema com alterações, ou seja, o sistema é introduzido no país, mas há uma adequação ao direito interno, citando-se, como exemplo, o direito norte-americano que recepcionou o sistema da *common law*, mas hoje é bem diferente do direito inglês. Com efeito, o sistema da *civil law*, apesar de se

expandir com uma recepção diferenciada em cada país, sua essência se estendeu para o mundo, podendo ser encontrado nos sistemas da América Latina, África, Japão e Indonésia. Ainda sobre a expansão dos sistemas, há uma tendência de interpenetração, pois nascem os sistemas mistos que se originam, dentre outros fatores, pela adoção dos institutos que possuem vantagens e que evoluíram e fazem parte de um sistema mais avançado.

Outro ponto essencial sobre a diversidade dos direitos da *common law* e da *civil law* consiste em que naquela o direito uniforme é formado pelos tribunais com os precedentes obrigatórios, enquanto que nesta, o direito uniformizado, no *jus commune*, é puramente persuasivo. Tanto na *common law* como na *civil law* há um ponto de destaque sobre o tema da regra geral, nesta apresentada pela expressão *règle de droite* e naquela como a *legal rule*, no entanto, a interpretação e a aplicação que se operam são diversas.

Foi visto também que, no direito da família da *common law*, o direito é jurisprudencial (*case law*), ou seja, a *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. No direito da família da *civil law*, o pensamento é diverso, pois o direito e seus princípios são elaborados pela doutrina, nas universidades, sistematizando e modernizando os dados do direito de justiniano.

Portanto, o direito inglês visa apresentar uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio. Enquanto que, no direito francês, a regra apresentada visa ser apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. Note-se que as duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não possuem o mesmo grau de generalidade, pois a regra do direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa, razão pela qual não se pode equiparar a *legal rule* com a *règle de droit*.

Outra diferença importante sobre os sistemas da *common law* e da *civil law* é a técnica que se utiliza. Ora, no direito inglês, o jurista opera em um sistema aberto, busca não interpretar regras jurídicas, mas parte das *legal rules* já estabelecidas para buscar a solução do caso e talvez criar uma nova *legal rule*. Já no direito francês, há um sistema com conjuntos coerentes, um sistema fechado no qual toda espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvidas pela interpretação de uma regra jurídica existente.

Verificou-se ainda o papel diferenciado que a lei desempenha nos sistemas da *common law* e *civil law*. Como visto, nesta a lei é o ponto de partida de um sistema fechado, enquanto

que naquela há um caráter anormal à *statue law*. Com efeito, as leis, no sistema da *common law*, ãsó serão assimiladas ao sistemaã quando são analisadas e õreafirmadas ó por vezes alteradas ó pelos tribunais, nas condições de elaboração normais da *common law*ö.

Sobre a *civil law* e a *common law*, pode-se afirmar que ambos os sistemas perfilham õa mesma concepção do direito ligada à descoberta e à realização da justiçaã. Sucintamente, o objetivo é o mesmo, qual seja, a busca da justiça, mas a técnica é diversa. Na *civil law*, o ponto de partida para a busca de soluções de justiça no direito é o recurso à lei. Já na *common law*, a busca pelo mesmo resultado perseguido pela *civil law*, mas tem como ponto de partida as decisões judiciais, os precedentes. Há, assim, uma análise diferente das regras do direito por cada sistema, a *civil law* pela técnica legislativa doutrinária e a *common law* pela técnica jurisdicional, mas isso não induz, necessariamente, a uma diversidade no õtocante à própria natureza do direitoö.

Ao final do estudo sobre o direito comparado entre as famílias do direito da *civil law* e *common law*, apontou-se para a evolução dos sistemas que se tornaram híbridos ou como são chamados *mixed legal systems*. Com efeito, a influência dos sistemas, entre si, desencadeia incorporação de institutos, ocorrendo, cada vez mais, a aproximação entre os sistemas da *civil law* e *common law* e, com isso, as tradições, que eram distantes com a globalização e os mesmos objetivos, acabam por se mesclarem, não havendo tanta repulsa quando um instituto é transplantado de um sistema a outro, como os precedentes do direito da *common law* ao sistema dos países da *civil law*.

3 O PRECEDENTE JUDICIAL NA LITERATURA

Analisados os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law* no que concerne ao surgimento e desenvolvimento da história do direito, constatou-se que o direito judiciário é de grande importância no desenvolvimento dos mencionados sistemas jurídicos, com maior ênfase na *common law*, mas que também é objeto de atenção pela *civil law*. Há, inclusive, na atualidade, uma atenção especial do sistema da *civil law* para a teoria dos precedentes devido à influência da *common law*, razão pela qual, em alguns países, surgiu um novo sistema misto, híbrido, que mescla a *civil law* com institutos oriundos da *common law*.

O tema precedentes atinge diretamente a prática jurídica, pois é, a partir de uma decisão paradigma, que, posteriormente, com sua aplicação a novos casos, surge a técnica do precedente vinculante. Atinge também a exigência de que todas as decisões judiciais devem ser dotadas de correção e racionalidade, ou seja, o juiz deve apresentar argumentos de racionalidade que legitimem a decisão. Nesse sentido, o precedente traz racionalidade e legitimidade à decisão judicial, pois funda-se na previsibilidade, na segurança jurídica e na igualdade, já que os precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para decisões futuras. Aplicar lições do passado para solucionar problemas presentes e futuros é um elemento básico da racionalidade humana (MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 4).

Os precedentes também adentram na questão da fundamentação das decisões judiciais²⁰: um dos elementos constitutivos do princípio do Estado de Direito. Com efeito, a exigência de que as decisões judiciais sejam fundamentadas é fruto da constitucionalização do sistema jurídico, mormente pela constatação de que o neoconstitucionalismo trouxe para o interior da Constituição grandes princípios de justiça. Destarte, em sendo a teoria dos precedentes uma forma de garantir fundamentação racional às decisões jurídicas, atende o princípio constitucional em comento. De outro lado, a teoria dos precedentes legitima, pois racional e fundamentada, as normas jurídicas que o Poder Judiciário apresenta, em suas decisões, fazendo com que, por ser norma universalizável, une teoria dos precedentes à teoria do direito, ou seja, torna racional o processo de aplicação do Direito (BUSTAMANTE, 2012, p. XXIII e 541).

²⁰ Na Constituição Federal vigente, trata-se de um dever constitucional, conforme prevê o artigo 93, inciso IX (todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]).

Assim, para analisar o tema, é necessário apontar um problema como ponto de partida da investigação que, no caso, pode ser sintetizado nos seguintes termos: A teoria dos precedentes no ordenamento jurídico, oriundo da *civil law*, está alterando a antiga forma de pensar o direito? A hipótese é de que a teoria dos precedentes, nos sistemas da *civil law* e da *common law*, é diversa, no entanto, no Brasil há uma confluência dos sistemas, já que há a lei, mas também há o respeito ao precedente judicial.

Inicialmente justifica-se a presente abordagem devido à relevância do tema. Com efeito, em 2017 no Brasil havia 80,1 milhões de processos em tramitação, ou seja, ainda pendentes de julgamentos (BRASIL, CNJ, 2018, p. 73). O acúmulo de processos em andamento é motivo de reclamação do jurisdicionado que classifica o Poder Judiciário como moroso. Para resolver as demandas uma a uma levar-se-ia muito tempo e, diante dos novos processos que adentram anualmente perante o Poder Judiciário, sempre teria-se acúmulo.

Estudos indicam que a teoria dos precedentes pode ser um auxílio no combate da mencionada morosidade, pois casos iguais podem ser decididos de forma rápida e isonômica. No Brasil já há casos sobrestados sob o manto das demandas repetitivas que, em 2018, somavam 2,1 milhões de processos que serão resolvidos de forma idêntica após o julgamento pelas cortes superiores, pois os juízos inferiores deverão respeitar o precedente vinculativo. O precedente vinculativo está sendo largamente utilizado pelas cortes superiores, pois o Supremo Tribunal Federal possui 974 temas de repercussão geral, sendo que 670 já foram julgados e seus efeitos devem ser seguidos por todos os tribunais do País. Já o Superior Tribunal de Justiça, possui 800 temas e julgou 733 que são precedentes que os tribunais inferiores devem respeitar (BRASIL, CNJ, 2018, p. 1-2).

Ainda a título de justificativa pela escolha temática, no direito inglês, foi conferido grande valor ao precedente judicial, inclusive as decisões judiciais são consideradas como responsáveis pelo desenvolvimento do direito. Ademais, sustenta-se que só houve evolução coerente do direito pelo fato de que os juízes reconheceram as regras estipuladas nos casos precedentemente submetidos a eles, pois se não houvesse certa autoridade reconhecida a esses precedentes, não haveria, falando-se propriamente, um direito inglês, ou seja, pode-se dizer que a teoria dos precedentes condiz como sendo a própria condição de existência de um direito inglês (DAVID, 2006, p. 13). Destarte, nota-se a importância do tema, pois havendo uma teoria de precedentes forte no direito, seja qual for o sistema, o ideal de igualdade será

cumprido e, como é cediço, a igualdade é um componente na concepção de justiça, bem como na essência de sua prática (MILL, 2007, p. 68).

Para o desiderato acima apontado, é necessário investigar-se como a literatura especializada do direito aborda a temática dos precedentes judiciais e, assim, deve-se analisar a sua essência, como é tratada e como é o seu desenvolvimento, inclusive no que diz respeito à força vinculativa e persuasiva, a *ratio decidendi*²¹ e a *obiter dictum*, o *distinguishing* e o *overruling*, bem como o precedente no direito brasileiro. Tem-se o intuito também de comprovar que o sistema de precedentes apresenta uma estrutura que pode propiciar maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

3.1 A teoria dos precedentes

No sistema jurídico da *civil law*, o juiz é conhecido como a *bouche de la loi* e, segundo Montesquieu, deveria ter tarefa simples, a de executar as decisões que constituem o poder de julgar, ou seja, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislador. Foi, sem dúvida, uma utopia que gerou dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei. Com efeito, após a Revolução Francesa, tentou-se proibir que o juiz interpretasse a lei, que deveria ser clara e completa, sendo possível ao juiz somente aplicá-la para solucionar as lides. Com o tempo, constatou-se que a já mencionada utopia não se sustentava, pois havia uma preocupação, em fixar, através do próprio Judiciário, a unidade do direito, ou, mais precisamente para aquela época, a uniformidade da lei no país e nos vários tribunais (MARINONI, 2010, p. 53-54 e 58-61).

Como é cediço, o julgador analisa o caso concreto e, diante do enunciado normativo, extrai a norma para resolver a lide. Aludida norma nasce da atividade do julgador quando aplica o texto legal ao caso concreto. A norma, doravante, tem sua força persuasiva²² ou vinculativa²³ para casos semelhantes. A tendência é de que a norma apresentada pelo Poder Judiciário, ao julgar um caso concreto, deve gerar uma universalidade de entendimento no intuito de que casos

²¹ Nos estudos sobre o tema *obiter dictum*, deparou-se indistintamente com a utilização de *obiter dictum* e *obiter dictum*. No presente trabalho, preferiu-se utilizar o termo *obiter dictum* em homenagem ao entendimento de se tratar da parte periférica e não do ponto periférico decidido pelo juiz.

²² O tema do precedente persuasivo será abordado no Subcapítulo 3.2.

²³ O tema do precedente vinculante será abordado no Subcapítulo 3.3.

análogos sejam decididos a partir das mesmas razões, podendo ser considerada uma fonte do direito (ZANETI JR., 2016, p. 291).

Sobre as fontes do direito, tema já abordado anteriormente²⁴, é necessário apontar alguns esclarecimentos, pois o precedente é fonte formal no direito contemporâneo brasileiro e tendencialmente existem razões para adotar precedentes como fontes do direito mesmo em ordenamentos jurídicos de *civil law*. Assim, o precedente, em um novo pensar, deve ser seguido pelos estudiosos e profissionais do direito. Tal decorre naturalmente da labuta dos juristas práticos e que, no Brasil, com o tempo, o direito evoluiu para um sistema que adota o modelo de precedentes (ZANETI JR., 2016, p. 175-176). Mas deve-se frisar que admitir que o precedente é fonte do direito não quer dizer que o Poder Judiciário cria o direito do nada, pois o juiz não cria o direito a partir de sua própria vontade, mas de premissas legais (MARINONI, 2010, p. 38-39).

Com efeito, tanto nos países que adotam o sistema da *common law* como nos que adotam o da *civil law*, a lei é instrumento importante para a formação do direito. Não é demasiado lembrar que a lei, na *common law*, tem tanta relevância quanto na *civil law*. E mais, pode a lei, inclusive, alterar o posicionamento de um precedente judicial. No entanto, o precedente só pode ser considerado fonte do direito primária e vinculante se a decisão for proferida em casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas (ZANETI JR., 2016, p. 297 e 310).

Sobre tal pormenor, no direito anglo-saxônico, desde o século XIII, o precedente é fonte ainda que não obrigatória. Casos decididos foram compilados, cerca de dois mil, para que fossem utilizados na prática. Posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, a técnica do precedente se desenvolveu. No direito europeu, historicamente, a força do precedente era bem diversa do direito anglo-saxão. Mas atualmente não se pode dizer qual sistema atribui maior força ao precedente, pois é possível e frequente que o juiz anglo-saxão desconsidere o precedente, como na *civil law* (ROSS, 2000, p. 112-113).

Assim, a *common law*, originária da prática dos tribunais, não é a mesma de outrora, já que o precedente pode ser desconsiderado se o juiz do caso sucessivo analisar e considerar que o precedente não é condizente com as condições atuais. Ora, o juiz sempre poderá discutir, interpretar a *ratio decidendi* do precedente, ou seja, não é obrigado a aceitar as declarações do

²⁴ No Capítulo 2, quando se abordou os sistemas jurídicos, adentrou-se na temática.

juiz anterior, pois pode analisá-los (os precedentes) ã luz de sua própria razão. De outro lado, ainda que não interprete a *ratio decidendi*, o juiz do caso sucessivo pode distinguir o caso, pois ãs circunstâncias efetivas nunca são idênticas. Note-se que tais argumentos são lançados para analisar a força obrigatória dos precedentes, no entanto, tal análise não afasta a inegável força de influência do precedente, pois os juízes europeus esporadicamente se afastam do precedente sobre o caso que julga (ROSS, 2000, p. 113-115).

Atualmente não há como não reconhecer a importância dos precedentes na aplicação do direito moderno, já que a utilização dos precedentes não é mais característica da *common law*, pois modernamente estão entranhados nos sistemas da *civil law*. Há uma verdadeira alteração em andamento nos dois sistemas, pois a *common law* utiliza-se do sistema da lei escrita, matérias inteiras são codificadas, enquanto que na *civil law*, atualmente, o uso do precedente é amplo. Tal ocorre pelo fato de que tanto o jurista teórico quanto o prático lançam mão do precedente para desempenhar seu mister. Na argumentação jurídica, o teórico invoca o precedente para a interpretação da regra do direito tanto na análise doutrinária, quanto na área judicial. Já o prático, ao iniciar suas pesquisas, lança mão da ferramenta que está mais próxima ó a base de dados e informações ó ou seja, o repertório de precedentes²⁵ (TARUFFO, 2014, p. 1-2).

Adentrando diretamente ao cerne da temática, pode-se afirmar que há muita confusão se uma decisão pode ou não ser considerada um precedente. Ocorre também uma confusão entre o que é um precedente²⁶ e o que vem a ser jurisprudência. Cotidianamente se depara com artigos científicos, peças e decisões judiciais utilizando-se dos termos decisão judicial, precedente e jurisprudência como se fossem da mesma natureza. Ora, uma decisão judicial, no sistema jurídico brasileiro, como em vários países que adotam o sistema da *civil law*, é uma decisão e não necessariamente um precedente (KREBS, 2015, p. 186).

De outro lado, comumente os temas *precedente* e *jurisprudência* são confundidos, sendo necessário desmistificar questões importantes, pois não é raro se deparar com o uso indistinto das terminologias jurisprudência e precedente como se sinônimos fossem (TARUFFO, 2014, p. 3). Não se olvida que há controvérsia e falta de informação a despeito do tema. Ora, a decisão

²⁵ Trata-se de temática de suma importância, razão pela qual o *Reports* será abordado no Capítulo 5.

²⁶ Não se desconhece que existe confusão, no direito brasileiro, na utilização do termo ãprecedentesö (GUEDES, 2014, p. 255). Por vezes, utiliza-se no sentido de jurisprudência ou de apenas um julgado sobre o tema. No presente trabalho, procura-se utilizar o termo como sendo aquele que tem força persuasiva ou vinculante, conforme tratado nos Subcapítulos 3.2 e 3.3.

ou a sentença judicial é proferida no julgamento do caso concreto, sendo que resolver a questão de acordo com o que foi decidido no passado significa decidir de acordo com o precedente (MARTINUZZI, 2016, p. 143). Desde logo, é importante afirmar que há uma nítida distinção entre os temas, pois possuem, no direito, significados e origens distintas. O precedente, de origem inglesa, pode ser uma única ou várias decisões que vinculam o próprio tribunal aos juízes a que estão subordinados. Já a jurisprudência, de origem francesa, é o conjunto de decisões harmônicas sobre determinada matéria (GOMES, 2008, p. 72-73).

Assim, o precedente pode advir de uma decisão, enquanto a jurisprudência é oriunda de várias decisões em vários casos, ou seja, há uma distinção de caráter quantitativo. Há também uma diferença qualitativa, pois o precedente traz uma regra universalizável que, se aceita pelo juiz do caso posterior, torna o precedente eficaz, já que a *ratio decidendi* do caso originário determinou a decisão do caso posterior. A problemática da jurisprudência é que, em sendo um conjunto de sentenças em grande número acarreta uma insegurança pela volatilidade e contradição, ou seja, uma denegação do sistema pela incoerência e constantes alterações de entendimento (TARUFFO, 2014, p. 3-6).

Sobre a temática de jurisprudência e precedentes não se pode deixar de frisar que se fundam em fatos passados. Destarte, pode-se dizer que experiência, exemplo e costume são as primeiras abordagens que se deve realizar a respeito do tema, mas o que se critica muito é que o precedente vive do apego ao passado. Com efeito, o magistrado que respeita o passado demonstra respeito à confiança depositada pelo jurisdicionado (MARINONI, 2010, p. 109). O juiz, via de regra, decide em espécie, ou seja, relativo a fatos passados e pouco diz ao futuro. No direito romano, a regra era inversa, pois os pretores tinham a competência para o *jus edicendi*, ou seja, os editos dos pretores eram declaração de como seria a justiça doravante à publicação. Assim, os pretores corrigiam adequadamente o direito vigente às necessidades da comunidade e, portanto, o édito era a nova regra para o futuro. A propósito, modernamente a decisão sempre é relativa a um caso particular, mas o conjunto de decisões aplicadas por um tribunal, relativas a casos particulares, formam a jurisprudência. Destarte, apesar do juiz decidir sobre fatos passados, de modo indireto, implícito, orientam o futuro daqueles que estão sujeitos à sua jurisdição (MAXIMILIANO, 2000, p. 176).

Há, portanto, um desenvolvimento sistemático da ciência do direito no qual se deve conciliar o passado com o presente, o moderno pensamento sobre as coisas. Para isso, deve-se utilizar casos decididos no passado como exemplos, ou seja, a *reasoning from case to case*

(VIEHWEG, 2008, p. 16-18 e 50). Tal pormenor é de suma importância, pois o respeito ao passado e ao futuro é essencial para a formação do precedente. Ora, deve-se ter consciência, ao se formar um precedente, de que além de olhar para o passado, deve-se olhar para o futuro, pois será um orientador e interferirá no comportamento das pessoas e do próprio órgão decisor, já que também estará vinculado a ele (MARINONI, 2010, p. 109). Com efeito, o direito é uma das áreas que mais se apega ao passado, da história dos costumes, da prática e dos textos antigos, razão pela qual a interpretação é utilizada como método de resgate dos fatos históricos que podem influenciar o futuro.

Neste ponto, a história não deve ser considerada como um conjunto de eventos, mas como uma remessa ao passado para que seja possível interpretá-lo e explicá-lo. Mas deve-se realizar uma advertência ao interpretar o passado, qual seja, pode-se encontrar entraves na história que o impeça de enfrentar os desafios do presente e do futuro. Mas, a história não pode ser entrave, deve servir para o desenvolvimento, deve voltar-se ao poder plástico que é a capacidade do indivíduo de desenvolver-se. Tal aspecto está presente pelo receio das inovações e rompimentos de paradigmas, dificultando, assim, a evolução científica, econômica e pragmática. No entanto, a teoria do direito deve se conciliar com a história e evoluir como toda ciência. Ora, os juízes, ao interpretar, reescrevem a história. E mais, a existência de leis abertas, princípios constitucionais genéricos possibilitam aos juízes a adaptação ao direito atual, afastando a incidência de leis e precedentes obsoletos sem revogá-los, mas os interpretando, revisando-os (POSNER, 2011, p. 167-169, 174, 177-186).

No estudo da jurisprudência, constata-se que, com o tempo, os éditos dos pretores foram perdendo espaço e, na sequência, a jurisprudência perdeu o espaço que possuía as normas, servindo como elemento ou fonte de exegese. Interessante notar que, na Idade Média, a jurisprudência passou a ter papel importante como fonte, pois os colégios judiciais interpretavam os textos legais, declaravam seu sentido e alcance, mas também traçavam regras especiais para as novas necessidades da vida prática. Posteriormente, desde o século XVIII, a jurisprudência assumiu o papel até hoje desempenhado, qual seja, a de revelar os textos. Os julgados reiterados que formam a jurisprudência são detentores de três funções: a de aplicar a lei; a de adaptar a lei e, por fim, a função criadora que preenche lacunas da lei (MAXIMILIANO, 2000, p. 177-178).

Nesse aspecto, o estudo da jurisprudência comprova sua participação no progresso, pois orienta o sentido das reformas legislativas, bem como é um elemento para a hermenêutica, ã esta a tradiãõ brasileira. Digna de nota é a seguinte afirmaãõ de Carlos Maximiliano:

[...] a jurisprudência é a fonte mais geral e extensa da exegese, indica soluãões adequadas às necessidades sociais, evita que uma questãõ doutrinária fique eternamente e dê margem a novas demandas: portanto, diminui os litígios, reduz ao mínimo os inconvenientes da incerteza do Direito, porque de antemão faz saber qual será o resultado das controvérsias [...] (2000, p. 179).

Nota-se, então, que a importãncia da jurisprudência é arraigada no direito, inclusive alcança litígios internacionais, o que corrobora a tese de que é uma das várias fontes do direito. Finalizando a abordagem sobre a temática da jurisprudência e já adentrando no tema de precedentes, cita-se, como exemplo, um litígio que envolvia a admissãõ ou não de um Estado como membro das Nações Unidas. Para julgar o caso, o Tribunal Internacional invocou dois precedentes, um de 1948 e outro de 1975. Ao analisar o caso, sob a égide da Convenãõ de Viena, utilizou-se como regra de julgamento a jurisprudência sobre litígios semelhantes (ROMANÍ, 1996, p. 203-208).

Demonstrada a importãncia da jurisprudência, trata-se agora da temática do precedente, que pode ser definido, de forma simplista, como uma regra que orienta, que faz com que a autoridade que decide considere as decisões anteriores. Se deve respeito ao precedente ainda que não concorde com a orientaãõ, pois o precedente deve ser considerado como a razãõ para decidir o novo caso como foi decidido no passado (MARINONI, 2010, p. 104-105). Sob outra ótica, sem perder sua importãncia no direito em evoluãõ, o precedente é a aplicaãõ da norma ao caso concreto que servirá para garantir o princípio da universalidade. Assim, o direito fundado no precedente também é um direito fundado em normas (ALEXY, 2013, p. 271).

Pode-se afirmar, então, que o precedente é uma decisãõ anterior que serve como modelo para casos subsequentes, ou seja, ãa liãõ do passado para solucionar problemas atuais e futuros, pois, no direito e fora dele, pode vigor a máxima de que ãalgo feito antes garante, por si só, uma razãõ para se fazer da mesma maneira de novo. Ora, aplicar a teoria dos precedentes é, grosso modo, ter como prática ãdecidir casos com base em decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiênciã comum ou questões semelhantes entre os casos. Tal assertiva leva a outra conclusãõ: ao julgar o julgador deve ter responsabilidade, pois sua decisãõ servirá como precedente no futuro (BARBOZA, 2016, p. 150-151).

É de bom alvitre ressaltar que tanto a teoria dos precedentes como a positivação do direito se propõe a trazer estabilidade ao direito, ou seja, tem como objetivo em comum a segurança jurídica. A teoria em comento funda-se na premissa de que não se deve perturbar o que está decidido. Deve-se deixar de pé e aderir ao que foi decidido. São algumas frases comumente utilizadas para traduzir o *stare decisis et non quieta movere*. Em síntese, a ideia do precedente é deixar as coisas em paz quando já foram julgadas muitas vezes (HANNA, 1957, p. 367). Portanto, o estudo da teoria dos precedentes é fundado no *stare decisis et quieta non movere*, ou seja, o respeito com as decisões que já foram proferidas anteriormente e resolveram problemas similares. Na regra do sistema do *stare decisis*, ãum precedente é o bastante para constituir direito e gerar obrigação (BARBOZA, 2016, p. 152).

No direito inglês, a cultura do *stare decisis* é louvada diante dos objetivos que desejam alcançar, quais sejam: *uniformity, stability, consistency* e *predictability* e, por isso, a teoria do precedente vinculante é presente no referido sistema, pois não se quer alterar, quer-se conservar, o que gera segurança jurídica (*stare decisis et quieta non movere*). Há uma rigidez no sistema inglês, no qual o *overruling* não é comum, o que não ocorre nos demais países da *common law*, como, por exemplo, no sistema norte-americano, já que os juízes ão não hesitam em afastar precedentes considerados errados (WAMBIER, 2012, p. 42).

Ainda sobre a cultura do *stare decisis*, não se pode esquecer que uma das características do direito norte-americano, apesar da existência de diversas fontes, em diversos níveis (federal, estadual e fontes secundárias), é a primazia do *Case Law*. Assim, com fundamento no *stare decisis*, é seguida a política ãsegundo a qual decisões judiciais são seguidas em casos subsequentes que envolvam a mesma questão jurídica e fatos materiais similares. Destarte, as decisões judiciais ãconstituem importante fonte do direito, razão pela qual a *common law* é considerada ãcomo o direito desenvolvido pelos juízes, pois ãuma característica básica do *common law*, nesse caso, é a doutrina do precedente, pela qual os juízes utilizam princípios estabelecidos em casos precedentes para decidir novos casos que apresentam fatos similares e levantem questões legais semelhantes. Portanto, o juiz segue o precedente e, quando não há, ãdeve decidir a partir de princípios gerais, por analogia e com base no que acredita ser razoável e de interesse público (FINE, 2011, p. 1 e 67-68).

É importante lembrar que o precedente não deve ser confundido com a experiência, pois nesta há uma construção da vivência, enquanto que naquele pode existir mesmo sem ter ocorrido uma construção da experiência. Também não deve ser considerado como exemplo,

pois neste há uma liberalidade em segui-lo ao passo que só existirá precedente quando exercer sua força persuasiva ou vinculante. O costume, historicamente, é fonte do direito e tem grande valor para o precedente na *common law*. No entanto, o precedente pode exprimir um costume e terá maior força, mas também confrontar um costume local, ou seja, o precedente afirma um costume e, assim, com ele não se confunde, mas igualmente que o precedente pode ser questionado por um costume (MARINONI, 2010, p. 104-107).

Na teoria dos precedentes uma decisão anterior sobre caso semelhante é fonte para que o juiz fundamente sua decisão, pois, em caso anterior similar, já fora escolhida uma regra aplicável. Vários são os motivos para aplicar o precedente anterior, como, por exemplo, poupar tempo, dificuldades e responsabilidades do juiz, no entanto, o maior fundamento é a ideia de justiça formal, ou seja, que casos semelhantes tenham tratamento igual (ROSS, 2000, p. 111). Ora, em uma concepção de justiça, o uso dos precedentes se funda no princípio da universalidade, ou seja, a exigência que é própria a toda concepção da justiça, enquanto concepção formal, de tratar de igual maneira ao igual (ALEXY, 2013, p. 268).

Nesse aspecto, a universalidade demanda a aplicação do princípio da igualdade²⁷ que pode ser classificado em três dimensões: perante a lei; na lei e na aplicação da lei²⁸. Em síntese, a primeira pode ser conceituada como igualdade formal (aspecto negativo em que o Estado tem que se abster) e, a segunda, como igualdade material (aspecto positivo em que o Estado é obrigado a fazer). Assim, deve-se ter um tratamento isonômico (uma nivelção de que todos são iguais), mas também deve-se observar (a nivelção) na edição das leis. Já a igualdade, na aplicação da lei, é uma dimensão que interessa ao presente trabalho, já que, na atividade judicial, não é possível aceitar discriminações odiosas. Com efeito, o juiz deve sempre considerar a igualdade na aplicação da lei. Ora, não cabe a ele apontar diferenciações que não existam nas leis, pois é presente a exigência de que a igualdade perante a lei deve se aplicar

²⁷ Conforme o Artigo 5º - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O princípio ainda é previsto no Pacto São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969), artigo 24 - Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

²⁸ É certo que existem outras vertentes sobre o tema. Pode-se citar que a igualdade perante a lei pode ter um aspecto de exigência de generalidade, de equiparação, de diferenciação, de igualdade procedimental. Pode-se ainda apontar que a igualdade perante a lei seja aquela que impede a criação e extingue privilégios, aquela que impõe tratamento igualitário, sem favorecer ou desfavorecer pessoas e, também, pode-se apontar que é aquela que proíbe discriminações (GUEDES, 2014, p. 138-139).

também no trato do processo e do procedimento, ou seja, a igualdade como exigência de igualdade procedimental (GUEDES, 2014, p. 132-133 e 138).

Sobre tal aspecto, é importante frisar quem são os destinatários do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal²⁹. De conhecimento popular, o princípio da igualdade se destina a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil, sem exclusão. Mas não se pode deixar de ressaltar que o princípio da igualdade é também uma obrigação e, assim, os obrigados são os poderes públicos, tratando-se de um comando normativo impositivo. Nesse contexto, são obrigados os legisladores (Poder Legislativo ó na função de criar leis) e os aplicadores (Poder Judiciário ó ãna sua função de aplicar as leis, julgando os conflitos, seja quando declara a existência de direitos ou determina a execução de suas decisõesö). Assim, aos poderes públicos é vedada ãa criação de norma que estabeleça tratamento que não seja igual a todos os cidadãosö.

Levando-se em conta o apontado acima, na igualdade em relação à aplicação da lei, ou seja, a atividade judicial deve sempre considerar o tratamento isonômico, pois ão Judiciário se submete à regra de igualdade, tanto sob o ponto de vista processual como materialö. E mais, além do tratamento de igualdade ãintra-caso e inter-partesö, o judiciário deve ainda, para cumprir o predicado de tratamento igualitário, agir com coerência, ou melhor, ãrequer do juiz igual tratamento aos casos considerados idênticos em julgamentos posterioresö (GUEDES, 2014, p. 215-257).

Assim, o direito de igualdade, no julgamento pelo Poder Judiciário, deve atender a um só tempo a igualdade na aplicação da lei ao caso concreto individual (ãsituação em que se confronta o direito de igualdade de alguém em relação a outras situações fático-materiais idênticasö) e a igualdade da lei nos julgamentos repetitivos (ãindam por produzir o efeito da igual aplicação da lei a casos também considerados idênticosö). Neste último, uma das técnicas é do julgamento do caso paradigma cuja decisão projetará ãsobre todos aqueles que estavam reunidos ou suspensos em razãoö de idêntica questão de direito. Outra técnica é a repercussão geral dirigida ãaos tribunais de cúpulaö que possuem atribuição de uniformizar o direito e, assim, ãigualar as interpretações legaisö. No caso, buscando-se racionalidade no ato de julgar,

²⁹ Art. 5º, *caput*, ãTodos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.ö

a repercussão geral, no intuito de dar ãovos contornos à igualdadeö, é capaz de potencializar ãas tendências uniformizadorasö do direito.

É, assim, indiscutível o papel da igualdade na aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Tal importância não passou ao lado do novo Código de Processo Civil, pois trouxe a técnica da õigualdade da aplicação da lei pelo precedente jurisprudencialö (GUEDES, 2014, p. 257-262). Ainda, na abordagem do projeto³⁰ do mencionado código, já se previa:

[...] consta do projeto do novo CPC proposta que amplia sobremaneira o valor do precedente judicial e os deveres de obediência a essa fonte de direito. Segundo o projeto, incumbe aos tribunais editar e uniformizar a sua jurisprudência em atenção à legalidade, à segurança jurídica, à duração razoável do processo, à proteção da confiança e à isonomia. A partir dessa mudança os juízes e tribunais deverão seguir em certa ordem uma série de precedentes vinculantes, tais como: os enunciados da súmula vinculante do STF em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes, os enunciados das demais súmulas; e os enunciados da súmula do STJ em matéria legal, os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas. Não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, seguirão os precedentes do plenário do STF, em matéria constitucional e da Corte Especial ou das Seções do STJ, em matéria infraconstitucional ou não havendo precedente do STF ou do STJ seguirão os precedentes dos órgãos fracionários dos tribunais locais ou os precedentes do plenário ou órgão especial respectivo [...] (GUEDES, 2014, p. 262).

Portanto, casos idênticos devem ser decididos de forma igual, salvo se a valoração das circunstâncias (idênticas) se alterarem entre o primeiro e o segundo caso. Para decidir de forma diversa, devem ser apresentadas õrazões suficientesö, afastando-se o precedente (ALEXY, 2013, p. 268).

Um ponto interessante na temática em questão é a argumentação utilizada pelo exegeta. Com efeito, muito se escreve sobre as diferenças de argumentação fundadas na dogmática e nos precedentes e, neste ponto, há algumas objeções sobre a regra do precedente ter funcionamento idêntico à interpretação que se opera no texto da lei, mas não é bem assim, conforme se extrai do direito inglês. Com efeito, a lei é submetida a ãuma massa de decisões jurisprudenciais, cuja autoridade se substitui à dos textos legaisö e, por vezes, o espírito da lei se perde. Já o precedente, por sua vez, diante de sua peculiaridade de apresentar a *ratio decidendi*, limita o âmbito de atuação do exegeta, impedindo que o espírito da decisão se perca (DAVID, 2002, p. 431).

³⁰ Projeto de Lei n.º 8.046/2011 ó Câmara dos Deputados e Projeto de Lei n.º 166/2010 ó Senado Federal, que culminou na Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 ó o novo Código de Processo Civil.

No entanto, há ãcerto grau de coincidência entre os enunciados da dogmática e os enunciados em que se baseiam os precedentes. Ora, as funções da dogmática aplicam-se às funções do uso do precedente, mormente sobre a estabilização e o progresso. Com efeito, o uso do precedente traz o fim do direito, qual seja, garantia de estabilidade e, por consequência, segurança jurídica. Racionalmente o uso do precedente limita a argumentação, pois sempre que for possível, a favor ou contra uma decisão, deve-se citar um precedente. De outro lado, desejando afastar-se do precedente, deve-se arcar com o ônus de argumentar (ALEXY, 2013, p. 269-270).

Em uma outra abordagem, o tema do precedente judicial pode ser analisado sob dois aspectos: normativo ou analítico. O primeiro, sob a ótica da teoria normativa, emprega discurso semelhante ao empregado a uma ordem jurídica estabelecida, a qual é a da ciência da legislação. É sabido que a análise ocorre na prática e na doutrina dos precedentes, ou seja, na interpretação, na aplicação com extensão ou superação de uma ordem legal pré-estabelecida. O segundo (analítico) aborda o aspecto conceitual, com suas terminologias e conceitos, pois pretende-se fixar, sob a cultura jurídica vigente, os melhores conceitos, obtendo-se terminologias claras e objetivas. Sob tal ótica, pode-se afastar as formas discursivas equivocadas, trazendo ao mundo jurídico construções racionais, bem como formas precisas conceituais e terminológicas. Enfim, sob o aspecto analítico, tem-se ãnovos equipamentos terminológicos e conceituais para procurar (e/ou trabalhar com) as reais instituições e às práticas do precedente judicial (CHIASSONI, 2016, p. 65-66).

Destarte, pode-se dizer que a teoria dos precedentes, após uma investigação histórica, nos induz a afirmar que tem valor como um instrumento seguro e confiável de informação relevante para o sistema jurídico. De outro lado, a teoria dos precedentes também é um instrumento objetivo diverso da literatura e da legislação, pois o valor substancial é alto pelo fato de que um precedente habitualmente aplicado e confirmado pela comunidade jurídica confere segurança jurídica aos jurisdicionados que se baseiam nele para prever as consequências de suas ações (MARTINUZZI, 2016, p. 367). Assim, como uma decisão é dotada de autoridade, altera e modifica a vida, abre-se uma esperança para todos que ostentam caso semelhante, pois ãtem legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa. Por tal raciocínio, o precedente traz racionalidade e estabilidade, pois há uma ãlegítima expectativa de que os julgamentos que podem os atingir não variarão sem justificativa plausível (MARINONI, 2010, p. 107-108).

Mas deve-se indagar se há uma estrutura delineada para o estudo da teoria dos precedentes judiciais, pois, assim, pode-se racionalmente aprofundar-se na investigação. Estudos apontam que não há uma estrutura, não havendo, também, como apresentar uma resposta exata a tal questionamento. Há, no entanto, três formas de se pensar sobre tal inquietação, todas partindo da premissa de que é uma decisão judicial que pode ser: um precedente-julgamento; um *precedente-holding* e um precedente-ordem. No primeiro (precedente-julgamento), grosso modo, o precedente contém a *ratio decidendi* e a determinação do caso concreto, bem como a explanação com suporte suficiente para que seja utilizada e conhecida por juristas, com reporte a fatos e questões. O segundo (precedente-*holding*, também conhecido como precedente-*ratio decidendi*), considerado de forma estrita, há a explanação com reporte esclarecedor para ser conhecido e a fixação dos fatos e questões. Por fim, no terceiro (precedente-ordem), em abordagem de forma estrita, é encontrado, na decisão judicial, uma determinação individual, mas com fundamento reportado a mesmo fato ou a fatos semelhantes e questões similares (CHIASSONI, 2016, p. 65).

Na análise da teoria dos precedentes, o intérprete, diante do caso concreto, deve pensar não só no problema posto, mas também no sistema, do ordenamento jurídico como um todo. Deve pensar quais são as opções decisórias possíveis dentro do sistema, considerando as premissas relevantes no ponto de partida (VIEHWEG, 2008, p. 12-13). Nesse sentido, ponto importante para a aplicação da teoria dos precedentes é a prática, ou seja, como o juiz decide e aplica ou não o precedente. A literatura especializada aponta alguns passos para a análise de mencionada prática, qual seja, realizar a análise: I ó das informações sobre o caso; II ó dos fatos materiais; III ó do histórico processual; IV ó das questões legais; V ó do *holding* e VI ó da *rationale*.

Destarte, inicialmente deve o exegeta analisar qual a hierarquia da corte que proferiu a decisão precedente e, na sequência, deve encontrar o fato material que a ensejou, pois é nesse passo que se aponta a semelhança ou a distinção. Após tais tarefas, o exegeta deve analisar o ponto processual no qual o precedente foi proferido (antes ou depois do julgamento? uma questão incidente? um julgamento sumário? uma apelação?), pois tais pormenores podem aferir o alcance da decisão precedente. Na sequência o intérprete deve encontrar qual é a questão legal que foi apresentada, levando o caso a julgamento. Por vezes é expressa e facilmente se extrai do julgamento precedente, como, por exemplo, ãa questão perante esta corte é ...ö. Mas há casos que a questão legal não é expressa, é implícita, dificultando a análise, inclusive para a identificação do *holding* (FINE, 2011, p. 70-72).

O *holding*³¹ é a decisão precedente que foi determinada, ãa partir de uma análise dos fatos materiais, da decisão da corte e da motivação do juízo. Note-se que o alcance do *holding* por vezes é nebuloso, sendo que pode ficar claro quando for ãinterpretado e aplicado em casos subsequentes. Por fim, na análise do precedente, o exegeta deve encontrar a *rationale*, ou seja, ãa explicação da corte para o seu *holding*, ou melhor, ãpor que a corte chegou a uma decisão (FINE, 2011, p. 72). Não é demasiado lembrar que o precedente é a parte da decisão que se torna uma regra de julgamento para outros casos. Nessa linha de raciocínio, a *ratio decidendi* é a regra sobreposta aos fatos do caso, o direito. De outro lado, a *obiter dictum* são as argumentações utilizadas para se chegar à decisão, mas não fazem parte do fundamento jurídico dela, apesar de sua utilidade para a compreendê-la (TARUFFO, 2014, p. 6-7).

Pelo que foi visto até então, fica claro que a interpretação, na aplicação da teoria dos precedentes, deve ser crítica, em ãum constante processo de avaliação e análise (FINE, 2011, p. 73).

Nesse sentido, afirma-se que:

[...] a forma mais comum de analisar um caso é questionar os diferentes aspectos do juízo da corte ó os casos são de jurisdições diferentes? Os fatos materiais ou a situação material diferem de forma significativa? Há uma grande distância de tempo entre um caso e outro, refletindo mudanças no direito ou na política? [...] (FINE, 2011, p. 73).

Assim, se o exegeta realizar todas as etapas mencionadas acima, se as superar, o precedente deve ser aplicado diante de sua força vinculante. Do contrário, deve afastá-lo utilizando da técnica da distinção.

Ponto importante para a presente pesquisa é a análise das vantagens e desvantagens da teoria dos precedentes. Com efeito, conforme Blackstone, o precedente é uma regra a ser seguida, pois deve-se respeito ao que foi decidido, dar deferência aos julgados antigos, salvo se for absurdo ou injusto. Nesse sentido, a literatura americana preconiza que o precedente deve ser seguido, mas, quando estiver claro que será melhor e não pior não seguir o precedente, deve-se afastá-lo (HANNA, 1957, p. 367-368). Nota-se, também da literatura mais moderna, uma preocupação dos países da *civil law* com o respeito ao precedente, mormente para propiciar a uniformização do direito. Sobre o tema, há sempre a menção quanto a vantagens e desvantagens. Um dos pontos centrais que pode ser alçado a vantagem do sistema dos precedentes é ão respeito à sabedoria e à experiência dos antepassados e a restrição à

³¹ *Ratio decidendi*.

discricionarietà judicialö. Sobre esse último ponto, evitar a discricionarietà dos juízes, se agregam as vantagens da õigualdade, da certeza (segurança jurídica), da previsibilidade, da eficiênciaö, ou como se aponta no sistema da *common law*: *predictability, equality, consistency* e *stability* (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 82 e 114).

Também como vantagem da teoria dos precedentes é a atualização do direito, pois a não atualização das leis, fonte primária na *civil law*, gera um descompasso da vida social com a regra vigente. Como se sabe, historicamente proibiu-se a interpretação das leis no intuito de que as decisões não fossem fontes do direito. Como exemplo pode-se citar Justiniano e os códigos prussianos e dinamarquês que proibiam decisões fundamentadas em precedentes (ROSS, 2000, p. 111-112). Sobre a atualização do direito como vantagem õla doctrina del precedente constituye la principal herramienta para analizar el Derecho em movimiento. La confrontatiõn entre posiciones contrapuestas son producto de la tensiõn entre fuerzas dialécticas que marcan la dinámica del case lawö (TAGLE, 2012, p. 207).

Pode-se ainda listar como vantagem, atualmente, que (em um sistema que também é codificado e tem presente a teoria dos precedentes, como o norte-americano) o precedente mantém a atualização da lei por quem a aplica diariamente. Com o precedente, se produz uma lei atualizada (*judicial decisions make law*), pois, quando o juiz adota uma decisão que contém um princípio, está criando um precedente e, assim, uma lei (HANNA, 1957, p. 367-368).

A análise da literatura inglesa e americana apresenta vários motivos que indicam para as vantagens de se adotar uma teoria de precedentes, tais como a celeridade na prestação jurisdicional, a certeza que propicia aos advogados aconselharem seus clientes sobre o possível resultado de uma demanda, a igualdade de tratamento de todos perante o Poder Judiciário. O precedente ainda respeita a tradição e se baseia na experiência prática e, resume-se, em certeza, estabilidade, igualdade e previsibilidade, bem como respeitabilidade e confiança no Poder Judiciário (HANNA, 1957, p. 377). Enfim, o ponto central da vantagem dos precedentes é a igualdade da aplicação da lei (*to treat like cases alike*) e, para que isso ocorra, é necessário que os tribunais sigam os posicionamentos consagrados em decisões anteriores sobre o mesmo assunto (HURTADO, 2014, p. 1).

Ainda como vantagem da teoria dos precedentes, pode-se citar a limitação da grande demanda que se apresenta atualmente nas cortes superiores. Com efeito, o precedente pode ser um filtro indispensável para otimizar os recursos e garantir o amplo acesso à justiça e a duração

razoável do processo. Mencionado filtro é tratado sob diferentes óticas, ou seja, um mecanismo subjetivo ou objetivo. O primeiro é normalmente utilizado nos países que se inspiram na *common law*, sendo que a corte decidirá se concede ou não o *writ of certiorari* que se traduz em uma *judicial discretion* e, admitindo, analisará a questão a fundo, conhecendo a causa. Não sendo concedido o *writ of certiorari*, a causa não será analisada. De outro lado, nos países que são oriundos da família romano-germânico (*civil law*), é utilizado o filtro como um mecanismo objetivo, como na França e na Itália. Tal filtro funciona como uma limitação da jurisdição da corte suprema, pois não são todas as questões jurídicas que podem ser enfrentadas pelos tribunais superiores.

Em que pese a difusão dos dois mecanismos de filtragem, constatou-se que os mencionados filtros não são muito claros e vem se apresentando incapazes. Nesse ponto, o sistema de precedentes se mostra mais técnico e capaz de limitar o acesso às cortes superiores, como na Itália onde há um juízo preliminar de admissibilidade no qual se avalia o cumprimento das orientações judiciais. Tal avanço, na utilização do precedente como filtro de processos que aportam nas cortes superiores, não ocorreu somente na Itália, mas em vários países tanto da *common law* como da *civil law*. No direito espanhol, o filtro era subjetivo e, com o tempo, notou-se abuso na proposição de recursos com o intuito de retardar a definição dos casos. No ano 2000, houve alteração e filtros (cumprimento das orientações da corte de cassação) que podem ser considerados objetivos (MARTINUZZI, 2016, p. 297-298 e 326).

Ainda na Europa, mas no direito alemão, o recurso pode ser admitido, nas cortes superiores, quando a lei assim permite ou quando há uma decisão permitindo o acesso, do tribunal de segundo grau ou da própria corte. Note-se que há o filtro de que só é possível o acesso à corte superior quando o recurso for baseado em princípios fundamentais ou quando a decisão não se ajustou aos precedentes da corte suprema, ou seja, no direito alemão, prestigiou-se a teoria dos precedentes com o intuito de garantir justiça e igualdade perante a lei. No direito inglês, à semelhança do direito alemão, o acesso às cortes superiores ocorre após uma licença para apelar ou uma permissão para apelar que consiste em uma decisão que concede o acesso à jurisdição superior.

Comumente o pleito para apelar é realizado perante a primeira instância e, se negado, pode ser apresentado diretamente à corte de apelação. A questão jurídica que é levada aos tribunais superiores é aquela que só pode ser resolvida pela corte, como a unificação de um direito para todo o Reino Unido, para se formar o precedente. Pode também acessar a corte

superior a questão jurídica fundada no conflito de precedentes entre cortes inferiores. Na França o precedente é utilizado como filtro de acesso aos tribunais superiores. Com efeito, todo recurso passava pela *La Chambre des Requetes* para que fosse analisada a admissão ou não do recurso à corte superior, no entanto, posteriormente, tal tarefa foi passada para as cortes inferiores. Note-se que o recurso não era admitido quando a decisão recorrida estava de acordo com a *jurisprudence constante* (MARTINUZZI, 2016, p. 332-344).

Mas não há são só vantagens que a literatura especializada cita quanto a adoção da teoria de precedentes. Com efeito, estudos indicam que a teoria dos precedentes, devido à sua rigidez, tem como desvantagem o engessamento do direito, a perpetuação de injustiças e a falta de independência do juiz. Portanto, a crítica ao sistema de precedentes vinculantes é a estagnação do direito, ou seja, propicia a segurança jurídica, a estabilidade, mas pode inviabilizar a evolução do direito (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 104, 114-115).

A respeito de tal crítica, traz-se a seguinte assertiva:

[...] esto no implica que el precedente deba cristalizarse en una regla de juicio fija e inmutable para todo caso sucesivo. Aun los ordenamientos que se han inspirado históricamente en lá version mas rigurosa del stare decisis, han conocido siempre el fenómeno del overruling, y por lo demás ningún juez americano e inglés está en realidade dispuesto a aplicar passivamente un precedente que considere injusto o superado [...] (TARUFFO, 2006, p. 194).

Assim, em que pese a crítica, a estabilidade do direito (propiciada pela teoria dos precedentes) não pode ser considerada uma desvantagem, pois o sistema de precedentes não se descuroou de tal pormenor, criando, para tanto, as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, ou seja, há uma flexibilização na aplicação do precedente (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 104 e 114-115).

Ainda sobre a objeção à teoria dos precedentes sob o fundamento do engessamento do direito ressalta-se que:

[...] o precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial [...] (STRECK; ABOUD, 2015, p. 112).

Ora, a preocupação com o engessamento do direito diante da teoria dos precedentes não é objeção nova. Com efeito, a *House of Lords* tratou da temática já em 1966 quando editou o *Practice Statement*, no qual Lord Gardiner afirmou que o respeito ao precedente é indispensável

pelo fato de fornecer grau de certeza e confiança aos indivíduos na condução de seus assuntos ordenados com base nas regras legais, mas, afirmou, também, que a adesão muito rígida ao precedente pode levar à prática de injustiças e, assim, permitiu-se deixar de aplicar o precedente quando for o certo a fazê-lo (REPORTS, 1966, p. 1234).

Assim, a oposição ao sistema de precedentes sob o fundamento de que induz a rigidez ao sistema, tornando-o inflexível, não se sustenta, pois a teoria dos precedentes é pautada na tendência de que casos similares sejam decididos de maneira uniforme, contudo, se não há similitude, o precedente não é considerado, aplicando-se a técnica da distinção ou da superação, ou seja, se o caso não foi abordado pela força gravitacional do precedente, não se aplica (FINE, 2011, p. 83-84).

Outra, objeção que se faz à teoria dos precedentes é o erro que pode ocorrer na decisão que doravante deverá ser seguida pelo próprio tribunal (força horizontal) e pelos demais tribunais (força vertical). No entanto, há de se confiar no sistema de precedentes, pois é melhor sofrer com o erro, por mais doloridos que seus resultados possam ser aos litigantes individuais, do que duvidar de todos os precedentes³² que fundam o direito. Assim, na ocorrência do erro, o precedente pode ser revisado, bem como distinguir o caso atual do antigo de modo a dar efeito a visão mais aceita pela sociedade no momento. De outro lado, ainda que o precedente considere a ideia de que o juiz não erra, de que é infalível, o juiz, ao analisar o caso, deverá considerar se o precedente deve ser ajustado ao aplicá-lo (BARBOZA, 2016, p. 157-159).

Outra resistência quanto a teoria dos precedentes diz respeito à violação da independência dos juízes. É certo que os juízes devem gozar de proteção contra a interferência dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também devem ser protegidos das influências do próprio Poder Judiciário. Não se olvida que a preocupação é idêntica tanto em países da *common law* quanto da *civil law*. No entanto, para que seja introduzida a teoria dos precedentes é necessário romper barreiras, revisar o sistema para que seja adequado ao sistema de precedentes vinculantes, bem como alterar o modo como se estuda a jurisprudência e, por fim, *adiestrar a los jueces em el razonamiento prospectivo* (HURTADO, 2014, p. 1). Ora, se os juízes já devem obediência à lei, à regra por excelência, não há ofensa à independência a estipulação da obrigação de respeitar o precedente vinculante o que também é uma regra.

³² No Brasil o erro ocorreu e posteriormente a tese jurídica fixada foi revisada, conforme demonstrado no Capítulo 10 no caso da ação penal nos crimes envolvendo violência doméstica (10.2.5).

Acima utilizou-se dos termos *distinguishing* e *overruling*, mas não se esclareceu o que são. Com efeito, a teoria dos precedentes, dentre outros fundamentos, se estabelece com base no princípio da igualdade, ou seja, que todos os casos semelhantes sejam tratados de forma igualitária. Assim, para que um precedente seja aplicado, é necessário descortinar-se a *ratio decidendi*, bem como realizar-se uma análise quanto à semelhança entre os dois casos.

Havendo semelhança entre duas ações, ainda que os fatos sejam sutilmente diferentes, a decisão da nova demanda deverá observar o entendimento proferido no caso anterior. Assim, ainda que os fatos sejam idênticos ou semelhantes, havendo diversidade de ponto de vista jurídico, sobre temas jurídicos, o precedente poderá ser afastado, pois há diferença juridicamente relevante quando a nova situação de fato atrair o debate sobre regras ou sobre princípios que não se aplicavam à situação anterior. Em resumo, ainda que os fatos tenham sutis diferenças, sendo semelhantes, há uma distinção entre a tese jurídica, pois se coloca ao julgador conflito jurídico diverso daquele que consta no precedente, razão pela qual a *ratio decidendi* é diversa e, assim, não se pode aplicar o precedente.

Portanto, a aplicação da teoria dos precedentes não afasta o ato de interpretar e mais, ao contrário do que se poderia imaginar, um sistema de precedentes com eficácia normativa não necessariamente implica redução do poder dos juízos vinculados. Portanto, na teoria dos precedentes, alguns problemas idênticos ao da aplicação da lei estão presentes, tais como sujeições a diversidade de interpretações, indeterminação que pode levar ao *distinguishing*, bem como situações de afronta à lei ou à situação social que acarretam o *overruling*. Nesse sentido a adoção de precedentes normativos não necessariamente reduzirá a relevância dos argumentos e do poder de convencimento dos magistrados que compõem as instâncias inferiores (MELLO, 2015, p. 49-50).

Nesse aspecto, a técnica do *distinguishing* é, em síntese, a possibilidade de não aplicação do precedente diante de diferença substancial dos casos em análise (passado e futuro), ainda que, à primeira vista, sejam idênticos ou muito semelhantes. Ocorre a possibilidade de aplicação da técnica em comento quando a *ratio* do precedente não se aplica satisfatoriamente, ou seja, houve a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre o caso em análise e o precedente proferido anteriormente. Assim, o precedente continua vigente, mas, no caso em julgamento, não foi aplicado devido à distinção reconhecida. Note-se que pode ser um indicativo de que está ocorrendo, ainda que de forma gradual, a superação do precedente (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 105-106).

Sobre a aplicação do *distinguishing*, observa-se a seguinte assertiva:

[...] mediante el *distinguishing* se pone de relieve que, a pesar de las semejanzas entre el caso presente y el precedente, hay diferencias relevantes entre ellos que impiden su asimilación. Por consiguiente no constituye en sentido estricto una separación del precedente. Cuando se usa se está indicando que no concurren los elementos precisos para hablar de precedente: casos diferentes requieren soluciones diferentes [...] (ABELLÁN, 2016, p. 247).

Em relação ao *overruling*, há casos que são postos em julgamento que colocam o precedente em cheque, ou seja, surge a necessidade de alteração de entendimento. As cortes evitam aplicar o *overruling*, pois devem preservar a eficiência, a imparcialidade e a previsibilidade, preferindo, por vezes, aplicar a técnica da distinção, como visto acima. Portanto, é raro, mas não impossível, que o precedente seja revogado. Mas ressalta-se que deve haver cautela (FINE, 2011, p. 84).

Sobre o tema, algumas indicações revelam a necessidade da revogação do precedente, como pode ser observado nas considerações de Toni M. Fine:

[...] 1 ó As regras mostraram-se impossíveis de aplicar na prática; 2 ó A regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará uma dificuldade ou iniquidade se for revogada; 3 ó Um princípio legal sofreu tantas mudanças que transformou a regra antiga em nada além de uma reminiscência de uma doutrina abandonada; 4 ó Os fatos mudaram tanto, ou passaram a ser interpretados de forma tão diferente que a norma original perdeu uma aplicação ou justificativa significativa [...] (2011, p. 85).

Assim, um precedente pode não ser aplicado se o novo caso atrair o debate sobre regras ou sobre princípios que não foram tratados anteriormente, ocorrendo o *distinguishing*. No entanto, quando o precedente for socialmente incongruente, ou seja, injusto, não refletindo os anseios sociais, bem como quando for sistematicamente inconsistente, ou melhor, contradizer, ser conflitante com outras normas, com outras decisões do órgão vinculante ou, ainda, com outras decisões reiteradamente proferidas pelas instâncias inferiores e também quando há uma sistemática rejeição de um precedente normativo podem levar o tribunal vinculante a rever ou moderar sua decisão ocorrendo, assim, o *overruling*, (MELLO, 2015, p. 50).

Como se nota, o *overruling* é distinto do *distinguishing*, pois neste há apenas uma restrição na aplicação do precedente devido à diversidade de *ratio decidendi*, enquanto que naquele, a *ratio decidendi* está sendo revogada, expressa ou implicitamente adotando-se uma nova *rule*, ou seja, operou-se o *overruling*, ou melhor, o precedente foi *overruled*. Nesse ponto, o *overruling* traz ao sistema flexibilidade, afastando-se a máxima de que a teoria dos

precedentes engessa a evolução do sistema. Com efeito, a superação do precedente pode ocorrer diante das alterações do direito positivo, dos valores da sociedade ou, como ocorre em alguns casos, a assunção de que a decisão precedente foi proferida em erro (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 106-107).

Sobre o tema, ressalta-se que:

[...] diversos fatores devem ser levados em consideração nesse processo de superação dos precedentes, como a natureza da questão jurídica envolvida, se constitucional ou legal, a autoridade dos juízes que participam do julgamento, o placar da votação, a idade do precedente, a influência do precedente ao longo do tempo, as consequências que advirão para os atos e os fatos já praticados com base no precedente e o grau de confiança da sociedade [...] (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 107).

Assim, o precedente tem sua vida útil e pode ser superado. Mas o precedente não deve ser alterado com frequência, devendo ser superado quando não atingir os anseios da ordem jurídica. De outro lado, pode-se citar precedentes que estão incrustados na ordem jurídica que não são alterados, como, por exemplo, *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte Norte-Americana que data de 1803.

Ainda analisando o *overruling*, verifica-se que há variações quando se aborda o tema. A primeira variação é chamada de *Implied Overruling*. Trata-se de uma decisão proferida logo em seguida à publicação do precedente, que é totalmente incompatível, mas sem operar-se o *overruling*. Cita-se, como exemplo, o caso *Brow* em que havia o precedente do caso *Plessy*, mas que não foi respeitado, notando-se, assim, que, ainda que não expresso o *overruling*, todos os precedentes anteriormente baseados na doutrina do caso *Plessy* foram implicitamente *overruled* pelo julgamento do caso *Brown*.

Outra variação que se pode apresentar é o *Anticipatory Overruling*, no qual não se tem muito claro o afastamento do precedente, mas se deduz que a corte não mais seguirá os precedentes no futuro. Com efeito, no direito norte-americano, entende-se que uma corte inferior pode recusar-se a seguir um precedente da Suprema Corte, caso seja razoavelmente provável, com base em seus posteriores julgamentos, que no futuro aquela Corte não mais seguirá aquele dado precedente. Uma última variação é o *Prospective Overruling*, no qual há uma alteração profunda na sociedade e o precedente deve ser alterado, mas, respeitando os casos já julgados, os efeitos devem ser prospectivos a fim de que atinja o menos possível as expectativas daqueles que confiaram no direito então reconhecido como obsoleto (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 111-113).

No *Prospect Overruling*, há uma modulação dos efeitos para que sejam preservadas as garantias constitucionais, mormente a segurança jurídica. Tal técnica é de vital importância para o sistema jurídico, pois não é concebível que ocorram alterações bruscas ou inesperadas de entendimento sobre determinado direito, já que se isso ocorre afeta os primados da integralidade, estabilidade e coerência do direito.

Sobre a aplicação do *Prospect Overruling* ao direito brasileiro, afirma-se que:

[...] mesmo que Brasil e Estados Unidos estejam em espectros distintos de diferentes tradições jurídicas (respectivamente, civil law e common law), houve no Brasil uma recepção tardia e mitigada do *common law* e do *stare decisis*, além de haver notórias influências do civil law no common law. Ou seja, as diferenças, embora existentes, são bem menores do que se imagina. O Supremo Tribunal Federal em diversas situações, por seus ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux e Teori Zavascki referiram a técnica do *prospective overruling*, além da modulação de efeitos, que também se aproxima das demais, enquanto ajuste da jurisprudência aos fatos [...] (GUEDES; PÁDUA, 2015, p. 3).

Uma vez adotado o *overruling* e abandonado o precedente, nasce uma nova regra para o direito analisado. No entanto, a superação do precedente pode gerar inconvenientes, podendo ser injusto para o litigante que se cercava da certeza que o precedente lhe concedia. Isso pode gerar uma confusão na aplicação do precedente, razão pela qual, opta-se pela eficácia prospectiva (HANNA, 1957, p. 378-380). Mas há divergência sobre a questão, pois muito se discute sobre os efeitos, quais sejam: retroativos ou prospectivos. Assim, se o precedente atende ao princípio da universalidade, os efeitos do novo precedente devem ser retroativos, pois deve se aplicar a todos os casos, mas se assim for, surge a problemática da segurança jurídica.

Outro ponto sobre o tema é referente a qual doutrina se adota quanto a natureza jurídica do ato que cria o precedente, ou melhor, se a decisão judicial é declarativa (o juiz apenas declara o direito) o efeito do precedente será retroativo (pois se declarou corretamente o direito tornando-se um precedente). De outro lado, se a decisão judicial for considerada criativa (o juiz tem a tarefa de criar o direito), o efeito será prospectivo (pois o juiz criou o novo direito e, assim, o precedente só poderá ser aplicado para o futuro). A questão é controversa, no entanto, seja adepto da teoria declarativa ou criativa, não se deve esquecer que a teoria do precedente tem como fundamento a universalidade, como já alinhavado acima. Destarte, o novo precedente deve ser aplicado a todos os casos. Com efeito, o conflito entre a segurança jurídica e a universalidade cede lugar ao próprio sistema de precedentes que, com o *overruling*, retira do mundo jurídico *el error consagrado en decisiones anteriores* (ABELLÁN, 2016, p. 255-259).

Modernamente, ainda que se aceite o efeito retroativo do precedente, pois, em regra, todo precedente oriundo do *overruling* deve ser aplicado retroativamente, há a possibilidade de compatibilizar a universalidade com a segurança jurídica, ou seja, é possível modular seus efeitos e aplicá-los prospectivamente. Sobre tal assertiva, a literatura especializada é no sentido de que òlos efectos del cambio de jurisprudencia vienen regidos por el principio de universalidad, que impone la retroactividad, y por el principio de seguridad jurídica, que permite o exige limitar la retroactividad, según los casosö (ABELLÁN, 2016, p. 260).

Superada a temática do *distinguishing* e do *overruling*, pode-se afirmar que a regra do precedente não é imutável, pois pode-se operar sua revogação, bem como é possível não o aplicar em razão da distinção, sendo infundada a objeção de que engessa o direito (FINE, 2011, p. 84-85). Mas repisa-se, seguir a teoria dos precedentes é essencial por uma questão de eficiência, pois o Poder Judiciário não tem condições de decidir todos os casos òcomo se fosse a primeira vezö, pois o trabalho seria hercúleo e os resultados desastrosos. Outro fundamento, também ligado à eficiência, é a òpossibilidade de certeza e previsibilidadeö. Não se olvida que há objeção aos argumentos consequencialistas a favor da teoria dos precedentes, mas não se pode negar os resultados positivos. Ora, quando há uma tendência de os tribunais seguirem seus próprios precedentes e os tribunais inferiores também, há a garantia de òum certo grau de certeza jurídicaö e, como já se disse, òé a chave para se compreender a verdadeira natureza científica do *common law*ö (BARBOZA, 2016, p. 165).

Nesse sentido, considera-se a seguinte afirmação:

[...] o case law tem um propósito científico, em outras palavras, a previsibilidade dos eventos utilizando-se da experiência passada, e a possibilidade de que essa previsibilidade seja mantida, assim como nas outras áreas da ciência, como uma presunção fundamental de uniformidade [...] (BARBOZA, 2016, p. 165).

Destarte, não se pode descartar que a adoção da teoria dos precedentes garante a òsegurança jurídica, coerência no sistema, igualdade, uniformidade e previsibilidade do direitoö o que, na *civil law* se buscou pela codificação, na *common law*, assegurou-se com a teoria dos precedentes vinculantes e obrigatórios (BARBOZA, 2016, p. 168).

Assim, no intuito de propiciar maior segurança jurídica e estabilidade ao sistema, a adoção da teoria dos precedentes foi sendo introduzida paulatinamente no sistema jurídico brasileiro³³, o que se observa claramente no controle de constitucionalidade estabelecido pela

³³ No Subcapítulo 3.6, o tema será abordado com ênfase no direito brasileiro.

Constituição Federal, pois foi previsto que a decisão irradiará efeito vinculante aos demais órgãos dos poderes judiciário e executivo, ou seja, instituiu o mecanismo destinado a subordinar os juízos inferiores à decisão do Excelso Pretório. Tal adoção revela uma tendência ao respeito hierárquico que se deve ter às decisões da corte suprema de um país, pois não faz sentido, em um sistema jurídico, que a palavra da mais alta corte não seja respeitada. Destarte, a novidade abriu os passos largos, o caminho da adoção, no Brasil, do precedente judicial com força vinculante (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 70-71).

No contexto do precedente, oriundo de uma decisão judicial, pode-se conceber sua eficácia em três espécies: vinculante, persuasiva e intermediária. A primeira é comumente chamada de precedente vinculante ou normativo, cujo respeito é obrigatório pelas cortes inferiores e, em caso de desrespeito, enseja pleito de reclamação. A segunda (eficácia persuasiva) se extrai de um julgado em que há uma decisão que obriga as partes envolvidas, no entanto, não é obrigatório, não necessita ser observado pelas demais cortes, mas não se pode olvidar da força argumentativa que o julgado traz, pois pode ser um paradigma a ser seguido, pois demonstra que a tese de direito em que se funda já foi acolhida por um órgão judicial. (MELLO, 2015, p. 42).

A terceira espécie (eficácia intermediária de uma decisão), também denominada de impositiva intermediária, se traduz em uma decisão cujo respeito está entre o precedente vinculante e o persuasivo. Com efeito, produz efeitos para além do caso julgado, no entanto, não são de respeito obrigatório pelos demais órgãos. Pode-se citar três hipóteses, quais sejam: enunciados e súmulas do Supremo Tribunal Federal; enunciados e súmulas do Superior Tribunal de Justiça; e orientação do plenário ou do órgão especial do tribunal a que esteja vinculado o juiz/desembargador. Nas três hipóteses, não se tem eficácia vinculante, não sendo possível pleitear seu cumprimento via reclamação, no entanto, trata-se de precedente que tem força persuasiva, razão pela qual, considera-se a eficácia desses julgados como uma eficácia intermediária, ou seja, nos termos do novo código, uma eficácia impositiva intermediária (MELLO, 2015, p. 42-45). Mas, apesar de todo o exposto (eficácias variadas), não se olvida que, por vezes, há o respeito absoluto a um precedente despojado de vinculação (MARINONI, 2010, p. 112), pois só se pode esperar racionalidade e estabilidade se houver respeito ao precedente.

Enfim, foi visto acima que há, na teoria do precedente, grande debate sobre a força do precedente³⁴, ou seja, se vinculante ou persuasiva. Assim, é ponto principal, na teoria dos precedentes, a autoridade moral das decisões, mesmo em um sistema no qual o precedente não é vinculante, uma decisão superior tem força persuasiva aos tribunais inferiores. Isso corre pela lógica de que o tribunal superior reforma decisões dos tribunais inferiores e, assim, havendo jurisprudência uniforme, os magistrados de grau inferior dificilmente caem na tentação da originalidade (GOMES, 2008, p. 109).

No contexto apontado acima, no sistema da *common law*, há as duas formas de precedentes. A primeira é a forma persuasiva, normalmente originária de votos vencidos ou minoritários, chamados de *persuasive authority*. A segunda forma é a vinculante, que emana de cortes superiores denominados *binding authority* (GOMES, 2008, p. 111). Assim, é importante, ao se estudar a teoria dos precedentes, saber a natureza do precedente, ou seja, se persuasivo (*persuasive*) ou vinculante (*binding effect*). É o que será exposto na sequência.

3.2 O precedente e sua força persuasiva

Conforme literatura especializada, o precedente é persuasivo ou vinculante, mas na realidade o foco do debate é a força do precedente, ou seja, como influencia as decisões sobre casos posteriores (TARUFFO, 2014, p. 7). Não se olvida que há discordância sobre ser um precedente persuasivo ou vinculativo, pois é a jurisprudência que exerce força persuasiva, enquanto que o precedente é sempre obrigatório todas as vezes que a mesma matéria venha a ser debatida em casos considerados análogos (ZANETI JR., 2016, p. 307). No entanto, a força persuasiva do precedente advém de uma jurisprudência não contraditória, ou melhor, quando há uma sequência de decisões uniformes. Destarte, pode-se simplificar que o precedente é um só, aquele que vincula. Se se estiver diante de várias decisões que influenciam o juiz, sem vinculabilidade, estará diante de jurisprudência, fora da técnica do precedente (TARUFFO, 2014, p. 8-9).

Na linha do raciocínio apresentado acima, comumente o precedente é lembrado como aquele que vincula os juízes ao modo de julgar casos semelhantes no futuro. No entanto, prevalece a existência de uma dicotomia sobre a força do precedente, ou seja, vinculantes ou persuasivos. Assim, nesses termos, não são todos os precedentes que são vinculantes. Com efeito, há os precedentes meramente persuasivos (*persuasive precedent*) que são decisões

³⁴ Mencionado ponto será tratado em sua particularidade nos subcapítulos que se seguem.

judiciais que não são vinculantes, não obrigam os demais juízes a julgarem de forma idêntica ao precedente. As razões do precedente persuasivo podem ser extraídas da *obiter dicta* ou dos *dissenting opinions* (votos divergentes), cuja *ratio* pode, devido ao fundamento, convencer os juízes do futuro a seguir o precedente, sem, contudo, vinculá-lo (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 104).

Comum no sistema jurídico da *civil law*, o precedente persuasivo é um argumento utilizado para uma alegação da parte ou para se proferir uma decisão. Note-se que o desrespeito ao precedente, ainda que persuasivo, é uma afronta ao postulado de que os casos similares devem ser decididos da mesma forma (MARINONI, 2010, p. 118). O efeito persuasivo do precedente se aplica a todos os sistemas, seja da *common law* ou da *civil law*, pois é inerente ao princípio da observância do que já foi decidido (*stare decisis*) ãé uma máxíma de aplicação quase universalö (BARBOZA, 2016, p. 151). Portanto, os juízes e a própria corte não podem ignorar o precedente, ainda que não vinculante, pois seria um desrespeito à estrutura lógica do sistema. Enfim, o precedente persuasivo possui pouca eficácia se não houver constrangimento sobre aquele que decide, ou seja, deve haver uma pressão superior para que se obedeça ao precedente, pois não havendo justificativa para o desrespeito³⁵, a decisão deve ser declarada nula (MARINONI, 2010, p. 118-119).

De toda sorte, o Brasil sendo um País que adota o sistema jurídico da *civil law*, ou seja, as decisões são proferidas com base na lei, se confere força ao precedente ãna medida em que essa jurisprudência é reiterada e uniformeö. Nesse sentido, ãé típico do nosso sistema que precedentes dos tribunais superiores, mesmo que seja um só, tenham autoridade diferenciadaö (WAMBIER, 2016, p. 485).

Sobre o tema, lúcidas são as seguintes palavras:

[...] pode-se, ainda, falar de um grau que no Brasil é fraco, de obrigatoriedade: a ãvinculabilidadeö de um juiz às suas próprias decisões. Esta vinculação é suave: mas é evidente que se espera coerência dos agentes do Poder Público. Um Tribunal que desrespeita permanentemente seus precedentes presta um desserviço ao país [...] (WAMBIER, 2016, p. 488).

Portanto, como já dito, no sistema jurídico da *civil law*, a jurisprudência é considerada como fonte indireta, não vinculativa, mas exerce influência e persuasão ó uma tendência a seguir (ZANETI JR., 2016, p. 303-304 e 307).

³⁵ Como, por exemplo, o *Distinguishing* e o *Overruling*.

De outro lado, na *common law*, mesmo não havendo determinação à obediência ao precedente, bem como não havendo sanções em caso de não acatamento ao precedente, õfica clara a possibilidade de os juízes sentirem-se constrangidos a seguir os precedentes [...], mas porque seguir precedentes é visto entre eles como uma prática correta (padrão aceito de conduta), uma norma, cujo desvio é visto negativamente, lhes expondo às críticas, principalmente de seus paresö (KREBS, 2015, p. 98).

Assim, ainda que haja discordância sobre a ingerência da jurisprudência e do precedente persuasivo, ambos exercem sua influência no ato de decidir. Note-se que, no Brasil, oriundo do sistema jurídico da *civil law*, as decisões são proferidas com base na lei, no entanto, a força do precedente persuasivo ou vinculante estão presentes.

3.3 O precedente e sua força vinculativa

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal contém, em sua página na rede mundial de computadores, a seguinte definição de efeito vinculante: õé aquele pela qual a decisão tomada pelo tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idênticaö (BRASIL, STF, 2018). É importante, desde logo, afirmar que o efeito vinculativo, obrigatório de um precedente, se justifica pelo fato de que forma um vetor de argumentação e, assim, õos juízes acreditam que um problema pode ser satisfatoriamente resolvido, utilizando-se as razões de uma decisão anterior ao invés de enfrentar o problema novamenteö (BARBOZA, 2016, p. 153).

Ao contrário do que muito se alardeia, o efeito vinculante emanado das decisões da Corte Suprema não é somente uma influência do direito da *common law*, mas também uma õtendência moderna das Cortes de Cassação dos países europeusö e, assim, diante da expressa previsão constitucional e legal do efeito vinculante, o precedente alça õa atividade judicial ao mesmo nível da hierarquia da leiö (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 75). Assim, a técnica do precedente é indispensável para manter a coerência na aplicação do ordenamento constitucional, razão pela qual õla doutrina contenida em la jurisprudencia constitucional se constituye en el precedente obligatorioö (RIVERÁ S., 2014, p. 821). Nesse sentido ressalta-se que:

[...] la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional se refiere a la obligatoriedad horizontal (para el propio tribunal o corte constitucional o tribunales ordinários de su misma jerarquia) y vertical (para los jueces y tribunales de jerarquia inferior) [...] ello supone que la doctrina constitucional creada, es decir, las sub reglas

creadas por el intérprete de la constitución, extrayendo de las normas implícitas de la constitución o integrado normas del bloque de constitucionalidad, tienen que ser aplicadas obligatoriamente [...] (RIVERÁ S, 2014, p. 821).

Na esmagadora maioria dos países latino-americanos, a Constituição garante a todos a igualdade perante a lei, ou seja, que todos estão submetidos ao mesmo ordenamento jurídico, seja constitucional, legal ou decorrente de um pronunciamento judicial. Assim, impõem-se ao julgador que deve tratar todos os casos de forma igualitária, de maneira uniforme e, assim, o respeito ao precedente evita discriminações injustificadas. A garantia de igualdade não deve ser considerada somente na criação da lei penal, mas também no passo posterior: na interpretação e na aplicação pelo órgão judicial, eliminando as imprecisões, as discriminações e as contradições com o respeito ao precedente.

O precedente traz uma vinculação devido à existência da universalização abstrata com que interpreta a lei penal. Destarte, a teoria dos precedentes, nos direitos penal e processual penal, traz a previsibilidade, a unidade e a contínua resposta igualitária pelo julgador e, assim, traz segurança jurídica ao ordenamento jurídico, pois todo cidadão tem o direito a um mesmo tratamento dentro do sistema penal (RAMÍREZ, 2013, p. 227-228).

Estudos recentes apontam uma tendência das cortes constitucionais dos países da *civil law*³⁶ em adotar o sistema de precedentes vinculantes, ou seja, õlas sentencias del Tribunal Constitucional, em cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particularesö. O fundamento da vinculação dos precedentes das cortes constitucionais está na constituição õcompuesta por disposiciones abiertas y necesitadas de concreciones para ser efectiva a aplicaciónö (CÓRDOVA, 2014, p. 737 e 765). Assim, as cortes constitucionais latino-americanas no que diz respeito à uniformidade e à estabilidade do sistema jurídico estão aceitando com otimismo õal tema del precedenteö, pois uma vez decidido pela corte constitucional, a tese õno debe ser abandonada sin graves y sólidas razonesö, ou seja, as decisões das cortes constitucionais são vinculantes (GARCIA, 2014, p. 852-853).

Países que oficialmente adotam o sistema jurídico da *civil law*, no início do século XX, passaram a adotar institutos da *common law*. Com efeito, as cortes constitucionais adotam o precedente vinculante õno tan flerte como el estadounidenseö, mas por razões de õseguridad,

³⁶ Em 2014 uma obra sobre direito comparado apontou que o Peru, a Argentina, o Brasil, a Bolívia, a Colômbia, o Chile, o México e a Venezuela estão aplicando a teoria dos precedentes na corte constitucional (SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada, 2ª Edição, Perú, ed. ADRUS D&L Editores, 2014).

de igualdad y economía adotan a doutrina da eficácia vinculante (SAGÜÉS, 2014, p. 780-781).

É importante frisar que ões difícil introducir y consolidar el precedente em sistemas jurídicos diferentes del anglosajón, más que nada porque demanda largo tempo, pues presupone modificar la mentalidade positivista en los magistradosõ (EGAÑA, 2014, p. 867).

Mas, justificando a necessidade da vinculação ao precedente, afirma-se que:

[...] em sentido natural y obvio, precedente es la resolución judicial anterior, dictada em un caso igual o semejante al que se presenta, y que es aplicada para decidirlo. Indispensable es agregar que esa aplicación ulterior es consecuencia de la cualidad, em alguna medida vinculante que se reconoce al precedente [...] (EGAÑA, 2014, p. 866).

Ora, o sistema jurídico da família da *civil law* tem uma lógica sistemática, cartesiana, enquanto que, no sistema da família da *common law*, não há lógica e se assemelha a uma õcolcha de retalhosõ. O sistema da *common law* não foi constituído õpara ser um edifício lógico e sistemáticoõ, pois tem como princípio õresolver questões concretasõ, razão pela qual, na construção do sistema, a preocupação era criar mecanismos para decidir os casos, sendo que tais mecanismos foram chamados de remédios (*reliefs remedies*) (SOARES, 2000, p. 53).

Nesse ponto, o papel da doutrina na *common law* restou limitado, pois o sistema não se preocupava com questões abstratas e, sim, com õas soluções pragmáticasõ. Ainda sobre a doutrina, constata-se que, com seu papel limitado, passou a ser diferenciada das doutrinas dos demais sistemas, pois passou a estudar casos, assim como a filosofia também se diferenciou, nos Estados Unidos da América, trabalhando com a *jurisprudence*. Embora as diferenças sejam visíveis entre a família da *common law* e da *civil law*, o propósito é o mesmo: função de propiciar segurança à sociedade. Nesse sentido, õtanto a pirâmide kelseniana abstrata quanto a colcha de retalhos casuística constituem criações engenhosas do homem, os sistemas jurídicos nacionais, concebidos para salvaguarda e aperfeiçoamento da sociedade humanaõ (SOARES, 2000, p. 53 e 57).

No entanto, o estudo profundo sobre o tema nasce no direito inglês, perpassa o direito norte-americano e, no caso do presente estudo, desemboca no direito pátrio. Importante, portanto, trazer a lume a informação histórica de que o precedente vinculativo na *common law* não é oriundo de uma norma expressa que determina que todos devem seguir um entendimento explícito em uma decisão. A obediência se deve ao fato de que as decisões nada mais eram do

que a aplicação concreta do direito costumeiro, ou seja, o direito que já existia sob a forma de costume (KREBS, 2015, p. 86-87).

O sistema da *common law* inglês é diferente do norte-americano em diversos pontos, pois naquele havia uma autoridade central do Poder Judiciário desde o princípio (Tribunal de *Westminster*), sendo que o sistema inglês não conhece o organismo federal, com as autonomias dos Estados-membros que o sistema norte-americano possui, inclusive com corpo normativo próprio. Outro ponto de diferença importante que se pode apresentar é a predominância, no direito norte-americano, da Constituição Federal, que é rígida e escrita o que não se conhece no direito inglês. Um ponto diferenciador, digno de nota, é a maior sacralidade que o *statue law* possui no direito norte-americano, o que modifica a atuação da *common law*, inclusive há uma maior tendência à codificação, uma prova da aproximação do direito dos EUA da *civil law*.

Saliente-se que, no direito norte-americano, principalmente nos estados federados, é acentuada a produção de leis modelos e as leis uniformes. Ao lado das leis, há os precedentes da *common law* oriundos das decisões dos juízes. Destarte, no direito norte-americano o que é mais marcante é a existência de um duplo legislador, o legislador tal como o conhecemos, na *civil law*, e o juiz criador do direito. A respeito de tal assertiva, há quem sustente que a Constituição, como lei máxima orientadora; e as decisões dos juízes (criadores do direito) com os precedentes obrigatórios e vinculantes, são a verdadeira gênese do direito norte-americano (SOARES, 2000, p. 59 e 187-189).

Pode-se ainda acentuar uma outra diferença histórica, pois os juízes ingleses, antes dos julgamentos, se reuniam para debaterem casos complexos e, posteriormente, iniciavam ou retomavam o julgamento para a prolatação da decisão. As mencionadas reuniões prévias ocorriam na *Exchequer Chamber* e, com o passar do tempo, as decisões proferidas pela câmara assumiram o papel de precedentes vinculantes. Inclusive, o nascimento do sistema de precedentes vinculantes é destacado após as decisões da mencionada câmara, pois em 1483, quando não houve unanimidade e a decisão proferida foi por maioria, o Juiz-Chefe ao se manifestar consignou que, apesar de discordar da decisão que ali se forjara, ele era obrigado a adotar a decisão da maioria. Tal manifestação marcou a história dos precedentes vinculativos, pois os demais juízes da câmara passaram a se sentir obrigados a adotar o precedente. Na

sequência dos anos, os precedentes vinculantes ganharam força na Inglaterra no século XIX pelo aperfeiçoamento dos *Reports*³⁷ (DRUMOND; CROCETTI, 2010, p. 24).

Portanto, no direito inglês, por tradição, a teoria dos precedentes é presente e, atualmente, continua a ser a regra do direito na justiça, pois o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado pelas decisões de seus antecessores mortos e vinculando as gerações vindouras aos seus julgamentos. É sabido que os americanos adotaram o sistema jurídico da *common law* e, com isso, também herdaram o sistema de precedentes. Note-se que, com o passar do tempo, o sistema norte-americano foi se alterando, com aceções próprias, distintas de seu precursor inglês. De início não havia uma regra de obrigatoriedade ao precedente, mas uma prática ou tradição, sendo que, somente em 1958, diante de uma decisão da Suprema Corte³⁸, o precedente passou a ter o efeito vinculante (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 91).

Sobre a abordagem supra, confira uma síntese da diferença entre os sistemas inglês e norte-americano:

[...] enquanto na common law inglesa acabou predominando a visão do precedente como uma forma de legislação judicial (teoria constitutiva), na esteira de Jeremy Bentham e John Austin, os americanos foram mais influenciados por Edward Coke e William Blackstone, para que os juízes descubrem e respeitam o common law através da razão e dos precedentes judiciais, ao invés de criá-lo, sendo o direito revelado pela experiência (teoria declaratória) [...] (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 92).

A respeito das diferenças, constata-se que, no sistema inglês, o precedente tem maior eficácia, pois, para tal sistema, o precedente vinculante é aquele obrigatório, o que o juiz deve seguir (TARUFFO, 2014, p. 7). Já no direito norte-americano, o precedente é considerado regra de direito idêntica à da lei e como tal, deve ser respeitada não apenas pelas partes envolvidas no caso em particular, mas também pelo governo, pelo público, por advogados e pelos próprios tribunais. Note-se que isto ocorre não por força de uma doutrina jurídica forte, mas pelo fato de que o respeito ao precedente está enraizado pela força da tradição, da prática e da cultura (BARBOZA, 2016, p. 156-157).

Não se pode deixar de notar que, no sistema norte-americano, o precedente é criado criteriosamente, pois a corte suprema não aceita qualquer caso a julgamento. A corte analisa rigorosamente os casos para a criação de novos precedentes ou para aplicar o *overruling* nos

³⁷ O tema é tratado no Capítulo 5.

³⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos ó *Cooper v Aaron*.

precedentes obsoletos (TARUFFO, 2014, p. 11) ou ainda afastá-lo quando ocorre *distinguishing*, apontando que o caso é diferente. Ainda assim, o que torna o precedente vinculante é a não possibilidade do juiz em revogá-lo, pois não pode decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior (MARINONI, 2010, p. 112).

No estudo da teoria do precedente com caráter vinculativo, deve-se analisar a sua aplicação. Assim, partindo-se da premissa de que o sistema impõe a vinculação, o respeito ao precedente, é necessário abordar a direção da aplicação da vinculabilidade (vertical ou horizontal). A vinculação pode ser vertical, ou seja, o precedente se aplica de cima para baixo, ou seja, o precedente de cortes superiores é vinculativo a todos as cortes e juízes inferiores (GOMES, 2008, p. 113), ou seja, verticalmente quando o precedente é de grau superior hierarquicamente daquele que o aplica ao caso sucessivo. Nesse caso o precedente tem sua força na autoridade e competência do órgão que proferir a decisão tida como precedente. Destarte, a autoridade das cortes superiores e de segundo grau se impõe aos graus inferiores hierarquicamente que aplicam o precedente aos casos sucessivos (TARUFFO, 2014, p. 9). Note-se que, apesar de ocorrer uma força superior sobre a inferior na vinculação vertical, o precedente tem que ser respeitado, não porque foi proferido por um juiz de grau superior, mas porque sua sabedoria a recomenda a todos os juízes (HANNA, 1957, p. 367).

Interessante é analisar a força do precedente na aplicação horizontal, ou seja, quando o juiz de mesma hierarquia aplica o precedente. Nesse aspecto, indaga-se se a corte que proferiu a decisão vinculante tem a obrigação de seguir seu próprio precedente. A resposta não é simples. Com efeito, em 1966 a *House of Lords* foi expressa em afirmar que não se considerava vinculada aos seus precedentes. Mas, o precedente horizontal tem sua força persuasiva aos juízes de mesmo nível hierárquico. Por óbvio que ostenta menos força do precedente proferido por cortes superiores, que possuem maior influência. No entanto, parece positiva a resposta pela orientação de que casos semelhantes devem ser decididos de forma idêntica. Ora, o grau da força do precedente se encontra mais acentuado se a corte segue seus próprios precedentes. É claro que a corte pode alterar seus próprios precedentes diante da alteração histórica, econômica e social. Nesse aspecto, apesar da *House of Lords* declarar não estar vinculada aos seus próprios precedentes, continuou a segui-los (TARUFFO, 2014, p. 9-10).

É uma questão problemática, mas muito importante e de grande força moral a vinculação horizontal. Com efeito, as interpretações da lei penal somente podem ser estabilizadas se o próprio tribunal que a realizou respeitar os critérios utilizados nos casos anteriores. Sobre a

necessidade do respeito ao precedente vinculante horizontalmente ãem especial no caso dos tribunais superiores, quando estes procuram orientar-se pelos seus pr3prios precedentes, isso 3 indiscutivelmente 3til 3 uniformidade da jurisprud4ncia e, ao mesmo tempo, 3 seguranãa jur3dica3. Esclareãa-se que, se uma corte superior, que tem a miss3o de uniformizar a interpretaã3o da lei federal brasileira, n3o respeita seus pr3prios precedentes, sua exist4ncia 3perde sentido, sendo melhor extingui-la (GOMES, 2008, p. 109 e 114-115).

Ora, quando o precedente 3 seguido pela corte que o criou isso potencializa sua forãa e contribui para a aplicaã3o uniforme e 3representa una implicaci3n m3s de la proyecci3n de la m3xima kantiana de universalidad en el discurso de los jueces e tribunales3. A universalidade 3 essencial para o cumprimento do princ3pio da igualdade e exige dos ju3zes uma 3tica dupla quando for proferir uma decis3o, quais sejam: uma vis3o para o passado, ou seja, que respeite o precedente sobre o tema; e uma vis3o para o futuro, ou seja, aplicar a todos os casos concretos o crit3rio de universalidade. Com isso, 3el criterio utilizado para resolver un caso ha de ser el mismo que se observo en un caso anterior, pero tambi3n y sobre todo el mismo que se estar3a dispuesto a aplicar en otros casos futuros similares3 (ABELL3N, 2016, p. 238-244).

Assim, o precedente, por ess4ncia em suas origens, tem forãa vinculante, pois 3 3obrigat3rio para os demais membros do Poder Judici3rio3. Seja persuasivo ou vinculante, 3 certo que o manejo da teoria dos precedentes elimina ou reduz 3a margem de liberdade que tem o juiz quando do julgamento do caso concreto3, mas, por outro lado, 3propicia a certeza da aplicaã3o do direito3 e, por consequ4ncia, a seguranãa jur3dica (GOMES, 2008, p. 111).

3.4 A *ratio decidendi* na estrutura do precedente

Anteriormente foi visto alguns apontamentos sobre as diferenãas entre os sistemas da *common law* (inglesa e norte-americana) e da *civil law*. Permita-se apontar algo mais sobre tal tem3tica. Com efeito, historicamente o modo de decidir do juiz ingl3s 3 diverso do modelo do juiz franc3s. Aquele ao decidir apenas apresenta o dispositivo, enquanto que este apresenta a motivaã3o da decis3o. 3 certo que um tribunal superior ingl3s, uma corte de precedentes, 3exp3e, de forma dedutiva, as regras e os princ3pios do direito ingl3s3, mas, diverso do juiz franc3s, 3frequentemente, emprega f3rmulas e anuncia regras3 de forma a constituir um precedente que ultrapassa o 3mbito do processo, ou seja, 3 uma decis3o com aspecto de generalidade. O prop3sito da decis3o, a exposiã3o das raz3es que o juiz ingl3s emprega 3 que trazem a t3cnica da distinã3o. Com efeito, o jurista ingl3s analisa as raz3es apresentadas pelos

juízes nas decisões e extrai o que constitui o suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi*, separando o que foi declarado sem importância para a causa, a *obiter dictum*. Portanto, somente a *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês que será o precedente a ser seguido no futuro (DAVID, 2002, p. 429-430). Um dos maiores problemas práticos, na teoria do precedente, é a dificuldade em distinguir, dentro da decisão que ostenta o caráter de precedente, o que constitui a fundamentação ou a motivação, a *ratio decidendi*, do que se considera *obiter dictum* (ABELLÁN, 2016, p. 239).

Assim, é necessário descortinar-se o que vem a ser a *ratio decidendi*. O termo por si já causa divergências de entendimento, tornando complexo o tema, ou seja, há certa dificuldade em definir, ou melhor, distinguir o que é *ratio decidendi*. Com efeito, não se confunde com o dispositivo e com a fundamentação, mas constitui algo que é formado a partir do relatório, da fundamentação e do dispositivo e pode significar tanto razão para a decisão como razão para decidir. Não se deve inferir disso que a *ratio decidendi* de um caso precise ser um raciocínio jurídico (MARINONI, 2010, p. 221-224).

Trata-se, pois, de ponto complexo na teoria dos precedentes. Afirmar-se que o precedente diz respeito ao direito e não aos fatos e, assim, questões fáticas ou periféricas (*obiter dictum*) não formam o precedente, mas, sim, as questões de direito (*ratio decidendi*) e, assim, somente estas têm o condão de persuadir, de vincular (MARINONI, 2010, p. 110). Mas, para Goodhart, o que vincula é o fato escolhido que compõe o problema em disputa, pois é tal fato que cria o direito. Destarte, para ele, há uma dificuldade em apontar o que é a *ratio* nas decisões precedentes e o que vincula às novas decisões (KREBS, 2015, p. 196).

Na linha de raciocínio exposta na assertiva acima, é comum entender-se que a aplicação dos precedentes, ou melhor, a decisão acerca da aplicação de um precedente a um novo caso, depende da aproximação dos fatos do precedente com os fatos do caso do julgamento (MARINONI, 2010, p. 216, 253-254). No mesmo sentido, sustenta-se que não é a razão que o juiz utilizou no momento da decisão, mas, na verdade, como determinou os fatos em análise, ou seja, na escolha dos fatos determinantes que se cria a regra do direito (VOJVODIC, 2012, nota 84).

No mesmo sentido, Michele Tarufo afirma que:

[...] fica claro que a estrutura fundamental do raciocínio que leva o juiz a aplicar o precedente ao próximo caso é baseada em uma análise dos fatos. Se esta análise

justifica a aplicação no segundo caso da *ratio decidendi* aplicada no primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso [...] (2014, p. 4).

Portanto, o juiz do segundo processo cria o precedente, ao analisar o caso e afirmar presentes a existência dos elementos de identidade ou elementos de diferença entre os fatos dos dois casos, vale dizer, o primeiro já decidido e o segundo que está para decidir (TARUFFO, 2014, p. 4). Tal argumento é interessante, uma vez que a *ratio decidendi* não é apresentada pelo julgador do primeiro caso concreto. Em tal tarefa, o juiz faz análise voltada à lide posta e tem o intuito único de resolvê-la. Assim, é comum a afirmação de que o precedente, ou mesmo a *ratio decidendi* do precedente, normalmente é delineado apenas pela corte posterior, que decide determinado caso com os olhos voltados à decisão proferida anteriormente, interpretando-a (KREBS, 2015, p. 184). Portanto, para que se aplique o precedente qualquer corte que se considerar vinculada pelo precedente deve chegar à mesma conclusão a que chegou no caso anterior, a menos que o caso sob julgamento tenha outros fatos (MARINONI, 2010, p. 228).

Há divergências sobre tais assertivas, pois existiria muita margem de manipulação do conteúdo da decisão (VOJVODIC, 2012, nota 88). No mesmo sentido, Neil MacCormick afirma que a *ratio decidendi* é a deliberação explícita ou implícita oferecida por um juiz, que seja suficiente para resolver uma questão de direitos posta em discussão pelos argumentos das partes em um caso, sendo essa deliberação necessária para a justificação da decisão no caso. Ainda no mesmo sentido, Rupert Cross e J. W. Harris argumentam que a *ratio decidendi* da decisão de um caso é qualquer regra de direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para alcançar a conclusão, levando em conta a linha de raciocínio adotada por ele (KREBS, 2015, p. 196-198).

Assim, não há sinal de acordo, na *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi*. Nesse sentido ressalta-se que a:

[...] razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado sem dar igual atenção a todas [...] (MARINONI, 2010, p. 222-223).

Mas não se pode olvidar que a *ratio decidendi* não pode manter os juízes no passado, mas serve como princípio da decisão, pois o juiz não está obrigado a seguir [...] os argumentos explícitos que o juiz original acreditou justificar suas sentenças. E mais, o juiz deve construir

novas justificações ou racionalizações que sejam compatíveis com as decisões passadas e que extraiam, de alguma maneira, o verdadeiro princípio da decisão (VOJVODIC, 2012, notas 88-89). Ora, tal construção (de novas justificações/racionalizações) é necessária, pois o precedente tem aplicação não somente aos casos idênticos, até porque nenhum caso é idêntico ao outro e mais, a aplicação do precedente tem lugar inclusive ãnaqueles casos em que, apesar de aparentemente diferentes [...] se igualam em sua essência (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 100).

Sobre tal aspecto, é essencial que o jurista, ao analisar o precedente, encontre a *ratio decidendi*³⁹, pois somente a razão de decidir é que vincula os juízes que irão aplicar o precedente. Em síntese, o intérprete deve analisar o julgado e dele extrair a regra jurídica ãque constitui o fundamento da decisão (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 101). Note-se que, em um precedente, o que realmente vincula os demais membros do Poder Judiciário e a sociedade como um todo é a razão de decidir, ou seja, ãa regra (expressa ou implícita na decisão) necessária para explicar o resultado do julgamento, a proposição de direito, ão core da decisão. Os ingleses denominam de *ratio decidendi*, enquanto que os norte-americanos chamam de *holding* (WAMBIER, 2012, p. 43).

Destarte, a tarefa do intérprete será analisar um julgado e, em tal processo, o exegeta se deparará com questões marginais e questões de fundo, sem as quais o caso não seria resolvido. Grosso modo, o primeiro é a *obiter dictum* e a segunda a *ratio decidendi*. Portanto, o intérprete deve extrair do julgado as questões periféricas, de passagem, que não importam para o deslinde da causa e pontuar qual é a regra essencial que definiu o julgamento, que o fundamentou. No entanto, como já visto anteriormente, o problema é que, por vezes, a *ratio decidendi* e a *obiter dictum* se confundem no julgado, tornando complexa a tarefa da interpretação e da aplicação dos precedentes (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 101).

Não se trata de tarefa fácil, exigindo do intérprete perspicácia, até porque não existe uma técnica, um método único⁴⁰. Sobre o tema, traz-se a seguinte afirmação:

[...] embora a *ratio decidendi* seja a parte mais importante de um caso, não há um método consensual para descobri-la, nem um simples procedimento mecânico para fazê-lo. A questão fica mais complicada pelo simples fato de que, ao julgar um caso,

³⁹ Também chamada de *holding*.

⁴⁰ São diversas as teorias demonstrando a complexidade da questão, mas não se trata do objetivo do presente trabalho.

os juízes não costumam especificar claramente qual a *ratio* [...] (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 101-102).

Sobre os métodos e técnicas para se descortinar a *ratio decidendi* do julgado, algumas se destacam. Uma delas utiliza a técnica de inserir uma palavra no julgado que inverta o seu sentido e, se a decisão ainda assim se sustentar, a questão trata-se de *obiter dictum*, não relevante. Outra teoria aponta como método de descoberta da *ratio decidendi* a titulação de *õmaterial factsö*, ou seja, encontre no julgado os õfatos considerados materialmente relevantes pelo juiz prolator do precedente e do que este efetivamente decidiu em relação a elesö. Assim, se o juiz considerou relevante um fato e sobre ele decidiu, a *ratio decidendi* pode estar presente. Do contrário, se o juiz analisou um fato e não lhe deu relevância, pode-se estar diante de mais um *obiter dictum*. Por fim, no que concerne aos métodos de descoberta da *ratio decidendi*, pode-se frisar que õa *holding (ratio decidendi)* consiste naquelas proposições que, ao longo do caminho escolhido no raciocínio desenvolvido na decisão, são efetivamente decididas, são baseadas em fatos do caso e levam o julgamento; uma proposição que não é *holding*, é *dictaö* (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 103-104).

Assim, a problemática reside em se extrair do julgado a norma, pois há, no bojo da decisão, questões que não são necessariamente importantes e, por isso, não são parte da norma vinculante. Nesse ponto, então, reitera-se que uma decisão conterà matérias que não são vinculantes, a *obiter dictum* e matéria vinculante, a *ratio decidendi*. A *ratio decidendi* é, em síntese, a õregra de direito utilizada pelo tribunal como uma premissa necessária à solução do caso, à luz das razões adotadas pela maioria de seus membrosö, ou seja, o *holding*. Mas não é questão tão simples, pois, em um julgado, a maioria dos julgadores podem adotar mais de uma regra de direito.

Outra forma de se encontrar o *holding (a ratio decidendi)*, além das apontadas acima, consubstancia-se na técnica da eliminação, da inversão, ou seja, retira a razão do julgado e verifica se interfere no resultado. Se interferir, é *ratio decidendi* e, assim, é normativa. Do contrário, ao se eliminar a mencionada razão e em nada interferir no julgamento, não se está diante de uma razão vinculante (MELLO, 2015, p. 46).

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] em caso de dúvida, um recurso proposto pela literatura sobre o tema é o de inverter a proposição que gera discussão quanto a integrar ou não a *ratio decidendi* e verificar se a conclusão da decisão se mantém. Se a inversão da proposição não interferir sobre a conclusão do julgado e ela se mantiver, isso significa que a proposição não é

necessária para justificar tal conclusão e, por consequência, que não integra o holding [...] (MELLO, 2015, p. 46).

Mas como dito anteriormente, ainda com a técnica apontada pela literatura especializada no tema, a determinação da *ratio decidendi* poder se revelar altamente complexa e sujeita a discussão (MELLO, 2015, p. 47).

Assim, pode-se concluir que a *ratio decidendi* é a solução para o caso concreto e a justificação para tal solução ou é õuma regra geral sem a qual o caso seria decidido de forma diferente (KREBS, 2015, p. 199). No mesmo sentido, argumenta-se que, para se identificar qual é a *ratio decidendi* de um precedente, deve-se verificar se é õuma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra formaõ (MARINONI, 2010, p. 224). Destarte, ao se analisar um precedente deve-se, desde logo, afastar a *dicta*, ou seja, os pronunciamentos que vão além dos fatos ou das questões legais que foram objeto do *holding*. Com efeito, a *dicta* não faz parte do *holding* pelo fato de que não foram õobjeto da consideração completa da corte durante a argumentação adversarial entre as partesõ (FINE, 2011, p. 82). Destarte, outro ponto importante do estudo da identificação da *ratio decidendi* é no sentido de não a confundir com a *obiter dictum*.

3.5 A *obiter dictum* na estrutura do precedente

Enfatiza-se, desde logo, que a exemplo de como ocorre na *ratio decidendi*, há grande discussão sobre a exata definição do termo, inclusive já se disse que a *obiter dictum*⁴¹ era um argumento não judicial, ou seja, de cunho extrajudicial (MARINONI, 2010, p. 234).

Deve-se lembrar-se o que foi apontado acima, ou seja, que a *ratio decidendi* do julgado são as razões relevantes para que a decisão seja proferida, ou seja, são os motivos que justificaram a decisão. Com efeito, na *ratio decidendi*, encontra-se a norma jurídica para o caso concreto. Ressalta-se que o precedente não se localiza no caso ou no dispositivo da decisão, õmas caracteriza-se pelos motivos da decisãoõ. Destarte, de uma decisão judicial se extrai a *ratio decidendi* da parte resolutiva, mas pode-se encontrar também a *obiter dictum*, sendo, pois, necessário distingui-las. Ora, uma decisão pode conter várias passagens que não constituem a *ratio decidendi*, são as *obiter dictum*. Trata-se, em síntese, de õcomentários ou afirmações que

⁴¹ Não se pode deixar de apontar que, dentro do estudo da *obiter dictum*, há a existência de efeitos persuasivos diversos. Existe, portanto, a *obiter dictum judicial dictum* õ que possui grande efeito persuasivo; e a *obiter dictum gratis dictum* õ que tratou de questões não relevantes e periféricas (MARINONI, 2010, p. 238).

também integram a motivação da decisão, mas que não são decisivos para o desfecho da questão. Assim, a *ratio decidendi* constitui uma regra jurisprudencial que se incorpora no direito inglês e que deve, a este título, ser seguida no futuro; já a *obiter dictum* tem, unicamente, valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou (GOMES, 2008, p. 75-76).

Destarte, na decisão proferida pelo juiz, há a externalização da *ratio decidendi*, mas há também soluções que são marginais ao caso principal, as *obiter dictum*. Trata-se na realidade de *judicial opinions* prescindíveis ao deslinde da controvérsia (KREBS, 2015, p. 197). É sabido que a decisão judicial pode conter várias teses, mas também questões periféricas que são irrelevantes, mas necessárias para a decisão do caso concreto. É, na lição de Neil Duxburry, uma ou mais declarações da Corte sobre questões que ela não está realmente decidindo ou foi chamada a decidir (MARINONI, 2010, p. 221 e 234).

Para fazer-se uma distinção, pode-se dizer que, enquanto a *ratio decidendi* é um passo necessário ao alcance das conclusões, a *obiter dictum* é uma passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião (KREBS 2015, p. 197). Mas pode-se dizer também que a *obiter dictum* é tudo aquilo que não for essencial a decisão, que não constituir fundamentos determinantes. E mais, pode ainda ser tudo aquilo que está na decisão e pode ser retirado sem que surta qualquer efeito prático, ou seja, argumentos a *latere* e, portanto, não vinculante, não podendo ser considerado precedente, pois são fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado da causa em julgamento (ZANETTI JR., 2016, p. 352).

Continuando, à luz das razões adotadas pelo julgador se extrai a regra normativa do precedente. No entanto, as questões jurídicas que constam do julgado, que são diversas da controvérsia posta em juízo, não são regras normativas, pois não necessárias para o desenrolar da lide, são questões marginais. Destarte, pode-se afirmar que não são todas as fundamentações do julgado que vinculam, pois só vincula a tese do direito necessária à solução da demanda concreta. Advirta-se que, ainda que não vinculantes, a fundamentação marginal, a *obiter dictum*, é importante na seara argumentativa, bem como pode ensejar a uma tese nova, antecipando um futuro posicionamento jurídico e, assim, alterar o entendimento sobre o tema (MELLO, 2015, p. 48-49).

Enfim, há dificuldades em identificar o que se considera *ratio decidendi* e *obiter dictum*, mas as dificuldades de encontrar a *rationale*, com o tempo, vão sendo superadas diante da aplicação reiterada do precedente vinculante e, quando tal ocorre, denomina-se que aquele precedente passou a ser um *superprecedente* (FINE, 2011, p. 83).

3.6 O precedente no direito brasileiro

Finalizando a análise sobre a literatura da teoria dos precedentes, passa-se a analisar como o direito brasileiro trata da temática. Ao longo das últimas décadas, os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm emprestando um ao outro a sua experiência. Assim é que o Brasil, país de tradição legalista, vem se curvando à força dos precedentes judiciais tão íntimos do sistema anglo-saxônico, fórmula apta a fazer justiça igual para cidadãos que estão na mesma situação jurídica (FUX, 2018, p. 01).

Relembrando o que foi abordado, nem toda decisão judicial pode ser considerada um precedente, pois pode ser uma jurisprudência persuasiva quando existir *obiter dicta* decisões exemplificativas da opinião dos tribunais. No sistema da *civil law*, a jurisprudência é considerada como fonte indireta não tendo a força vinculante de uma fonte formal e primária e, portanto, não obrigatória, exercendo, entretanto, influência e persuasão por se tratar de uma tendência do tribunal decidir daquela forma (ZANETI JR, 2016, p. 299, 303-304 e 307).

Nesse contexto, ao contrário da jurisprudência, será precedente se for uma decisão racionalmente vinculante que o próprio órgão decidiu nos casos análogos (ZANETI JR, 2016, p. 299). Pode-se também definir um precedente como sendo uma *obiter dicta* decisão dotada de determinadas características, com a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados (MARINONI, 2010, p. 215). E mais, será considerado um precedente se proferida decisão, em um caso de importância nacional, cuja solução esteja sendo a muito esperada e a decisão seja densa, bem fundamentada e chame a atenção (KREBS, 2015, p. 186). Ou, em outras palavras, o precedente judicial consiste no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. Portanto, é o precedente judicial a *obiter dicta* solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente com o caso atual (ZANETI JR., 2016, p. 304-306).

Portanto, a jurisprudência existe quando o tribunal decide, por várias ocasiões, no mesmo sentido e, ainda assim, não tem força obrigatória. De forma oposta, um só *leading case* pode gerar um precedente, bastando que a decisão o modifique ou crie uma nova tese jurídica, que resulte em efeitos jurídicos normativos para os casos futuros (ZANETTI JR., 2016, p. 308-309).

Em arremate, ressalta-se que:

[...] a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto [...] (MARINONI, 2010, p. 216).

Assim, a decisão de um caso concreto resolve a lide e, por não ter os caracteres ventilados acima, não poderá ser considerado um precedente. Note-se que, no sistema da *common law*, os casos são solucionados com base nas leis, nos princípios constitucionais e nos precedentes como ocorre na *civil law*, com diferenças e características próprias de cada sistema (MARINONI, 2010, p. 216, 253-254).

A teoria dos precedentes comumente é vinculada ao sistema jurídico da *common law* e, no Brasil, vários estudos acadêmicos iniciam os estudos pelo sistema inglês, apontando-o como o berço de mencionada teoria⁴². No entanto, a teoria dos precedentes tem história antiga no sistema jurídico do Brasil. Com efeito, em 1850 o Brasil passou a possuir legislação e organização judiciária própria, mas, como não possuía jurisprudência, desde 1875 os assentos de Portugal e da Casa de Suplicação do Brasil passaram a ter força de lei no ordenamento jurídico. Com isso, a recepção dos assentos propiciava segurança jurídica ao sistema recém instalado no território nacional, pois, conforme regime da época⁴³, os assentos possuíam força vinculante, o que perdurou até a proclamação da República. No Brasil, como em outros sistemas, historicamente a obediência aos precedentes judiciais é inerente à autoridade moral das decisões, mas também por ser decorrente da lógica consequência da estrutura hierárquica

⁴² No Capítulo 2, foi desenvolvida uma análise sobre os sistemas da *civil law* e da *common law*.

⁴³ Decreto n.º 264/1875 dá força de lei no Império a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competência ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral: Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Império.

do sistema judiciário. De outro lado, havia o entendimento de que a adoção dos precedentes judiciais era um subsídio útil à interpretação da legislação (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 55-56).

De vital importância esclarecedora quanto à adoção da teoria dos precedentes no Brasil é a seguinte transcrição:

[...] para proferir o seu julgamento, o magistrado, diante de uma lei deficiente, ou de um preceito legal, que o desenvolvimento da cultura tornou antiquado, absurdo ou injusto, procurou, no acervo de ideias e sentimentos que a educação e o comércio da vida depositaram no seu espírito, os elementos para formular a regra jurídica exigida pelo caso sujeito à sua apreciação. Uma vez ser-lhe-ão auxílios bastantes os preceitos da hermenêutica; outras terá de remontar aos princípios gerais do direito, e até ao patrimônio mental e emocional dominante no momento histórico e no grupo social, a que pertence. Proferida a sentença, calou no ânimo dos interessados, provocou aplausos dos contemporâneos, porque correspondia à ideia e ao sentimento de justiça das pessoas esclarecidas ou também do povo, e, assim, lançou o germe de um direito novo, que se afirmará pela reprodução de outras sentenças, que seguirão a trilha aberta por força da imitação e por preguiça mental, mas, principalmente, porque sentirão os juizes, que as proferirem, ser a decisão, que firmou o precedente, a expressão do direito latente, funcionando como órgão legislativo o juiz, que o revelou [...] (BEVILAQUA, 1929, p. 32-33).

Não se pode deixar de pontuar que os assentos surgiram em meados do ano de 1518, no reinado de Manuel, mas é importante ressaltar que, antes do surgimento dos assentos, no século XII, no reinado de D. Afonso Henriques, havia o instituto da *õfaçanhaõ* que é mais semelhante aos precedentes como se conhece atualmente, ou seja, a *õfaçanhaõ* era intrinsecamente ligada ao caso concreto e não havia o intuito de criar uma regra abstrata (WAMBIER, 2012, p. 23). Sobre os assentos, ressalvando a existência de divergência no direito português no qual se apontou que tal instituto invadiria a função do legislativo, *õs* assentos constituem verdadeiras normas jurídicas formais a inserir como tais (com preceitos genéricos formalmente prescritos e proclamados), no sistema do direito positivo, o mesmo é dizer como autênticas normas legislativas. Ora, o objetivo dos assentos foi tornar uniforme a jurisprudência no intuito de conceder estabilidade ao sistema para propiciar segurança jurídica. Diante de tais propósitos, os assentos possuíam contornos, no regime jurídico, normativos (NEVES, 2014, p. 14 e 21-22).

Retornando à história da teoria dos precedentes no Brasil, em 1891, diante da instalação do Supremo Tribunal Federal, o modelo de justiça adotado se aproximou do vigente nos Estados Unidos, em especial quanto ao cabimento de recurso contra *acórdãos* que expressavam divergência na interpretação de leis federais, ou seja, procurava-se controlar a distribuição da justiça professada pelos órgãos inferiores *õna* tentativa de uniformizar a interpretação e a aplicação do direito pátrio. Posteriormente, em 1923 foi criado o mecanismo do *õprejulgadoõ* com o intuito de que uma questão jurídica controvertida nos órgãos fracionários dos tribunais

fosse julgada em plenário com todos os membros e, assim, evitar interpretação divergente. Em 1936 tal instituto foi reforçado como técnica processual para evitar os males da contradição entre julgados no âmbito de todas as cortes de justiça brasileiras (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 58-59).

Mas qual seria o efeito do *õprejulgadoõ*? A transcrição abaixo elucida a indagação formulada:

[...] o acórdão proferido pelo pleno sobre a questão de direito suscitada pela câmara ou turma, consubstanciava-se no *prejulgado* e deveria então ser inserido no Livro dos *Prejulgados*, o que empresta certa ordem e facilita a procura de decisões de tal significação na vida jurídica das Justiças locais [...] (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 60).

Continuando, a edição de um Decreto⁴⁴ determinou que o *õprejulgadoõ* teria que ser respeitado, ou seja, tinha força obrigatória, confirmando a aplicação da teoria dos precedentes na história do Brasil. Com efeito, o decreto previa que o *õprejulgadoõ* é *õnorma aconselhável* para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se idêntico procedimento de instalação das câmaras reunidas, ou seja, tinha, o *õprejulgadoõ*, intuito de uniformizar a interpretação judicial. A princípio poder-se-ia dizer que o *õprejulgadoõ* possuía somente força ética do respeito ao precedente, mas, pela leitura da legislação, conclui-se que a força era obrigatória, já que o desrespeito do *õprejulgadoõ* ensejava o cabimento de recurso de revista, ou seja, o *õprejulgadoõ* era *õvestido de força vinculanteõ*. Posteriormente, leis e decretos sobre a justiça trabalhista também adotaram o *õprejulgadoõ* como forma de manter a uniformidade da jurisprudência. Reafirmando a assertiva supra, o Código Eleitoral de 1965⁴⁵ conferiu *õo sentido próprio de precedente judicialõ* ao instituto do *õprejulgadoõ*, pois determinava que as decisões anteriores deveriam ser respeitadas, *õsalvo se contra a tese de dois terços dos membros do Tribunalõ* (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 60-62).

A literatura, com o tempo, passou a dar valor ao *õprejulgadoõ* e ao entendimento judicial sobre o direito afirmando que *õa jurisprudência é a *Torrente de Cedron* dos erros em assuntos do Direitoõ* e, por consequência, introduziu a jurisprudência *õem um contexto exegético mais amploõ*. Note-se que o Código de Processo Civil de 1939 manteve o instituto do *õprejulgadoõ*

⁴⁴ Decreto n. 16.273, de 20 de dezembro de 1923 *õo artigo 103. [...] §1º. Reunidas as Camaras e submetida a questão á sua deliberação, o vencido, por maioria, constitue decisão obrigatória para o caso em apreço e norma aconselhável para os casos futuros, salvo relevantes motivos de direito, que justifiquem renovar-se idêntico procedimento de instalação das Camaras Reunidas. [...] §3º. Para os fins previstos neste artigo, cada Camara terá um livro especial, sob a denominação de *livro dos prejulgados*, onde serão inscriptas as ementas dos acordam das Camaras Reunidas, inscripção que será ordenada pelos respectivos presidentes.õ*

⁴⁵ Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965.

com o mesmo intuito, qual seja, uniformização da jurisprudência, mas, infelizmente, não previu a força vinculante de outrora. Reforçando o intuito do *õprejulgadoõ*, em 1963⁴⁶ foi criada a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar *súmulas õcujã tãse jurõdica e condensada em enunciado que entãõ se transforma em precedente de uniformização da jurisprudõnciaõ*. Uma vez mais, da previsão legal se extrai somente força persuasiva e não vinculante.

Diante da necessidade de se empregar força vinculante ao precedente, o anteprojeto do Código de Processo Civil de Buzaid trazia dispositivo com expressa previsão de que *õum processo de uniformização de jurisprudõncia, perante o Supremo Tribunal Federal, que se encerrava com a edição de um õassentoõ, com força de lei em todo o território nacionalõ*. Mas, a redação final do mencionado código não contemplou o caráter vinculante tão almejado (CRUZ E TUCCI, 2010, p. 63).

Constata-se, assim, que, na evolução do direito brasileiro, é de suma importância a vinculação das decisões proferidas pelos tribunais, pois o papel dos precedentes sempre foi relevante (GOMES, 2008, p. 115). Historicamente, sempre houve a preocupação constante na uniformização da jurisprudência, mas sem a tradição da vinculação, pois, como visto inicialmente, o Brasil adotou (pela expansão do direito lusitano) a vinculação dos precedentes, como aconteceu em Portugal, por longo tempo, na adoção dos assentos⁴⁷, mas posteriormente se afastou com a edição de diplomas legais que não expressavam a obrigatoriedade de seguir assentos ou precedentes, conferindo somente força persuasiva (CÔRTEZ, 2008, p. 160-161).

Entretanto, com o passar dos anos, constituições, leis, decretos e códigos foram promulgados e a preocupação com a existência de jurisprudência divergente não desapareceu, pelo contrário, havia uma tendência para que houvesse meios hábeis para extirpar do sistema as incoerências, tanto que se passou a prever a hipótese de cabimento de recurso para a corte suprema dirimir e *õuniformizar a jurisprudõncia nacionalõ*. Muitas objeções foram apontadas, pois afastar a rigidez da lei e impor a rigidez da jurisprudência uniformizada pela corte poderia esvaziar a *õnorma jurõdica do seu conteõdo fático-axiolõgicoõ*. Desde então, a preocupação do legislador em propiciar uniformidade não cessou e percorreu as constituições, leis, decretos e códigos que se seguiram. Na constituinte de 1988 não foi diferente, pois outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal, como função principal, a competência de guardião da Constituição,

⁴⁶ Emenda Constitucional n. 28 de agosto de 1963.

⁴⁷ O que não ocorre atualmente em Portugal.

ou seja, intentou-se pacificar a jurisprudência constitucional (CÔRTEZ, 2008, p. 164-166 e 176).

De outro lado, o mesmo constituinte, também no intuito de pacificar a jurisprudência, criou o Superior Tribunal de Justiça com a missão de julgar os dissídios jurisprudenciais das cortes inferiores, ou seja, atribuiu-lhe a função de unificar a interpretação da legislação federal infraconstitucional (CÔRTEZ, 2008, p. 179). Diante de tais pormenores, indaga-se: qual era o propósito do constituinte de 1988 ao estabelecer as mencionadas funções ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça?

Para responder o questionamento em questão confira-se o excerto abaixo:

[...] o que se busca na realidade, é dar à norma jurídica um único sentido entre os vários que se lhe podem atribuir, sempre se relacionando a unidade com a constância da realidade social que, se alterada, levará a outros posicionamentos, por parte, inclusive, da corte uniformizadora [...] (CÔRTEZ, 2008, p. 179-180).

Portanto, historicamente, a legislação brasileira foi conduzida a fim de garantir a uniformização da jurisprudência, em especial dos tribunais superiores, para que corrigissem decisões discrepantes das teses dominantes, no entanto, não havia a preocupação com a vinculação dos tribunais inferiores aos precedentes. Tal cenário de preocupação, somente com a uniformização jurisprudencial, se altera com a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, que cria o instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade, cuja decisão nela proferida tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (CÔRTEZ, 2008, p. 184). Mencionada ação tem o condão de reconhecer a compatibilidade da norma com a Constituição em caso de controvérsia judicial relevante (MELLO, 2008, p. 75).

Reforçando o intuito do constituinte derivado, a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, em 2004, também conferiu os mesmos efeitos à Ação Direta de Inconstitucionalidade o que, posteriormente, foi ratificado pela Lei n. 9.868/1999, que dispôs sobre os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade e da declaratória de constitucionalidade (CÔRTEZ, 2008, p. 186-187). Assim, a Constituição Federal de 1988 trouxe mecanismos de controle de constitucionalidade em sede de processo objetivo, ou seja, controle concentrado, nos quais as decisões possuem incidência *erga omnes* e força vinculante. A Magna Carta ampliou os mecanismos de controle de constitucionalidade concebendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação

Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1094 e 1099).

Pode-se afirmar, assim, que a Constituição Federal de 1988 manteve o sistema de controle de constitucionalidade duplo, um pela via concentrada (como mencionado acima) e de inspiração europeia; e outro pela via incidental, difusa, da experiência norte-americana. Relembre-se que, de forma centralizada, a constitucionalidade da norma é o objeto da ação, não se busca direitos subjetivos com a demanda, como ocorre nas ações nas quais é concebida a possibilidade do controle incidental de constitucionalidade (MELLO, 2008, p. 74).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade é, sem dúvidas, a ação mais relevante no sistema de controle de constitucionalidade das normas e a Constituição cidadã, ampliando o rol de legitimados a propor a mencionada ação, fez com que fosse limitado o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, bem como reduziu o âmbito de aplicação do recurso extraordinário. De outro lado, permitiu-se que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1094-1096), tanto é que também foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que tem lugar quando os poderes Executivo e Legislativo são omissos no particular de não proverem a eficácia de normas constitucionais por via normativa, busca-se, assim, provocar tais poderes a agir (MELLO, 2008, p. 75). De outro lado, a Ação Declaratória de Constitucionalidade contribuiu para consolidar o controle abstrato de normas e mais, como na ação direta, ela tem eficácia *erga omnes* e vinculante. O objeto de mencionada ação constitucional é a declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1097-1099).

Ainda sobre o tema de ações objetivas, anteriormente foi visto que o controle de constitucionalidade abstrato é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quando provocado via Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Mencionou-se, também, que fora reduzido o âmbito de incidência do recurso extraordinário para a Corte Suprema, mas, diante de tal cenário, vislumbrou-se ainda uma gama de possibilidades que propiciava o controle difuso sobre a interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição

Federalö, o que desembocava na Pretório Excelso pela via extraordinária (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1097-1099).

Assim, foi criada a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para resolver a questão, pois, com tal mecanismo, fecha-se o controle concentrado de normas, abrangendo õtambém o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipalö (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1097-1099). Mencionada ação constitucional õpossibilita a declaração de invalidade de ato incompatível com preceito fundamental constitucional, na hipótese de inexistência de qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividadeö (MELLO, 2008, p. 75). Destarte, resumindo, em sede de processo objetivo na Suprema Corte brasileira, se declara a lei inconstitucional⁴⁸ retirando-a do ordenamento jurídico ou a considera constitucional⁴⁹, reafirmando a necessidade de cumprimento da legislação (CÔRTES, 2008, p. 187). Importante são os efeitos emanados das decisões mencionadas acima, pois como dito possuem eficácia geral (*erga omnes*) e força vinculante (obrigatória ao judiciário e à administração pública). Sobre tal assertiva, afirma-se que: õa eficácia *erga omnes*, associada aos efeitos vinculantes, confere, portanto, o caráter de precedente normativo às decisões proferidas em controle concentrado principal, designadas, na linguagem corrente, precedentes vinculantesö (MELLO, 2008, p. 77-78).

Importante ressaltar que, antes mesmo de se estabelecer o efeito vinculante demonstrado acima, havia a praxe de edição de õsúmulas meramente informativas (para facilitar o conhecimento e a observância espontânea da jurisprudência)ö (CÔRTES, 2008, p. 188). Voltando um pouco na história pré-constituente de 1988, em 1963, para conferir mais relevo aos precedentes judiciais, sem, contudo, tolher o poder do juiz, adotou-se a técnica da súmula que õserviria como roteiro de precedente a ser utilizado pelos profissionais do foroö. Visava a implementação de súmulas pelo Supremo Tribunal Federal, procedimento que tinha como objetivo õrestituir à jurisprudência o valioso papel que desempenhava na ordem jurídica. Tal instituto, as súmulas, buscava as antinomias do sistema, como a conflitante e a jurisprudência controvertida. Assim, quando o tema é de consenso, a súmula estabelece a coerência e a unidade do sistema (GOMES, 2008, p. 115).

Sobre as súmulas, no ordenamento jurídico, pode-se frisar que são instrumentos tipicamente brasileiros e, assim, não há comparativo em outros sistemas. As súmulas, apesar de

⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁴⁹ Ação Declaratória de Constitucionalidade.

seu intento, não atingiram seu objetivo de estabilizar entendimento sobre assuntos que os tribunais entendiam ser pacificados, pois ostentam ão poder genérico para estabelecer uma norma abstrata que possui um grau de generalidade tão elevado quanto a própria lei (BRASIL, CNJ, 2015, p. 13).

No que diz respeito à legitimidade das súmulas no direito brasileiro, afirma-se que:

[...] é incontestável e legítima, a meu ver, a competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal e a esta Alta Corte (STJ) para sumular as decisões fundamentais, aquelas diretrizes básicas sobre as quais não pairam dúvidas, bem como a de exigir que elas sejam obedecidas pelos juízes inferiores [...] a súmula para mim tem a função específica de marcar o horizonte da juridicidade. Mediante a súmula, pode-se saber, em determinado momento, qual a linha de vigência e de eficácia das normas jurídicas determinadas pela tarefa jurisdicional, pela operação jurisdicional [...] (REALE JÚNIOR, 1999, p. 142-143).

Mas, mesmo sendo nítido o papel da súmula ó como uma força moral e persuasiva do entendimento consensual sobre determinado tema (GOMES, 2008, p. 115) ó diante das divergências jurisprudenciais existentes, que não eram abarcadas pelas decisões em sede de processo objetivo⁵⁰ na Corte Suprema⁵¹ e na Corte de Precedentes⁵², a Emenda Constitucional n.º 45/2004 criou um instituto tipicamente brasileiro, *sui generis*, qual seja, a súmula vinculante, com o intuito de ãefetivamente vincular os órgãos do Poder Judiciário e, também, a administração (CÔRTEES, 2008, p. 188-189).

Importante ressaltar que, a despeito da súmula ser vinculante, como previsto no atual sistema, não se pode confundi-la com o precedente vinculante, também previsto no sistema vigente. Ora, a previsão de súmulas vinculantes no rol do artigo 927⁵³ do atual Código de Processo Civil não eleva a súmula ao patamar de precedente vinculante, mas ressalta-se que tal previsão na lei processual não é inócua. Com efeito, a decisão que origina a súmula vinculante é um precedente e, assim, pela lógica do sistema processual, ãa súmula vinculante não deve ser empregada a partir de seu texto, mas nos termos de seu precedente originário, pois nele se encontra a norma jurídica criada pelo Supremo Tribunal Federal (CRAMER, 2016, p. 195).

Nota-se, assim, uma evolução do sistema de jurisprudência genuinamente persuasivo no Brasil, para um novo modelo inspirado na Constituição Federal de 1988, pelas Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e n.º 45/2004. O intuito do legislador brasileiro em tornar mais

⁵⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal.

⁵² Superior Tribunal de Justiça.

⁵³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: ð[...] II - os enunciados de súmula vinculante.ö

estável a jurisprudência brasileira também pode ser notado pela edição de leis que alteraram o Código de Processo Civil de 1973⁵⁴. Ora, os institutos alterados e incluídos pelas reformas mencionadas acima, no código de Buzaid, podem ser considerados uma evolução, pois permitia ao juiz julgar liminarmente o pedido com fundamento em precedente do juízo (art. 285-A⁵⁵). Dispensava a remessa de ofício quando a decisão fosse fundada em precedente do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior (art. 475, §3⁵⁶). Permitia o não recebimento do recurso de apelação se a decisão recorrida estivesse em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior (art. 518, §1⁵⁷). Concedia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, cuja pretensão fosse contrária ao precedente do próprio tribunal ou de tribunal superior (art. 557⁵⁸). Atribuía ao relator a possibilidade de dar provimento ao recurso, monocraticamente, se a decisão recorrida estivesse em confronto com os precedentes de tribunais superiores (art. 557, §1⁵⁹). Outra significativa reforma para o tema da teoria dos precedentes, ainda no código de 1973, foi a inclusão da hipótese de julgamento de recurso representativo de controvérsia⁶⁰, ou seja, quando o caso revelasse uma multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, ou como são comumente chamados, repercussão geral em recurso representativo de controvérsia (CRAMER, 2016, p. 47-48).

Assim, o sistema de precedentes vinculantes ganhou nova roupagem no sistema brasileiro, em especial com a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário⁶¹, pois tal recurso

⁵⁴ Leis n.ºs 9.756/1998; 10.352/2001; 11.232/2005; 11.276/2006; 11.277/2006 e 11.418/2006.

⁵⁵ Art. 285-A. “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁵⁶ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: “[...] §3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.”

⁵⁷ “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. §1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

⁵⁸ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.”

⁵⁹ “§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

⁶⁰ “Artigo 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. Artigo 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.”

⁶¹ Prevista inicialmente no artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973 e replicado no artigo 1035, §8º do novo Código de Processo Civil.

só será admitido ao Supremo Tribunal Federal quando alegada e demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (KREBS, 2015, p. 170). O instituto em comento, previsto anteriormente no código de Buzaid, foi mantido no novo código⁶² prevendo que há repercussão geral quando existirem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. Nota-se, ainda, que, reforçando a sistemática da teoria dos precedentes, o novo código assinala que haverá repercussão geral⁶³ quando for declarada a inconstitucionalidade de lei por tribunais, bem como quando o recurso versar sobre afronta à súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, CPC, 2015). Como visto, o recurso extraordinário só será recebido em razão da repercussão geral, ou seja, há um filtro preparatório para a decisão de questão constitucional pela Corte. Tal preparação e limitação ao acesso à via extraordinária ocorrem pelo fato de que a decisão proferida terá efeito vinculante com intensa força obrigatória, tanto na direção horizontal quanto na vertical (KREBS, 2015, p. 171-172).

Destarte, demonstrando a preocupação com a igualdade e a segurança jurídica, o novo código⁶⁴ reforça os recursos extraordinários perante o Supremo Tribunal Federal e recursos especiais repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de modalidade excepcional na qual, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, os casos serão afetados para uma decisão pacificadora. E mais, os recursos representativos de controvérsia⁶⁵ (extraordinário e especial) serão encaminhados pelos tribunais ao Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, para fins de

⁶² Artigo 1035, §1º do novo Código de Processo Civil - Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. §1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

⁶³ Artigo 1035, §3º do novo Código de Processo Civil - Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. §3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

⁶⁴ Artigo 1036, do novo Código de Processo Civil. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

⁶⁵ Artigo 1036, §1º, do novo Código de Processo Civil. §1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

afetação e suspensão da tramitação de todos os casos idênticos, viabilizando, assim, que todas as lides sejam resolvidas de forma igualitária (BRASIL, CPC, 2015).

Assim, o novo código, sedimentando a preocupação com a igualdade nos julgamentos, trouxe a mencionada ãnova e moderna técnica de julgamentoö, qual seja, o incidente de resolução de demandas repetitivas. De inspiração no direito alemão, tal incidente tem o condão de resolver uma quantidade expressiva de processos com questões de direito comuns a todos os casos. Da mesma forma como ocorre no recurso repetitivo, admitido o recurso, o relator determinará a suspensão dos processos individuais e coletivos que debatam a questão de direito afetada. O julgamento em sede do mencionado incidente forma uma tese jurídica com força vinculante. Note-se que sua abrangência depende da corte que fixou a tese, se de tribunal local, só abrangerá aquele tribunal; e, se fixada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, para todo o Brasil (KREBS, 2015, p. 176-177).

Sobre o mencionado efeito vinculante em sede de decisões proferidas no controle concentrado, bem como em sede de decisões proferidas nos incidentes de assunção de competência e de demandas repetitivas, há divergência doutrinária. Com efeito, parte da literatura sustenta que, nas ações objetivas, de controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, a vinculação é normativa, alcança a todos (*erga omnes*) ó Poder Judiciário e Administração Pública. De outro lado, o efeito vinculante em sede de processo de assunção de competência e julgamentos repetitivos, o que vincula é a *ratio decidendi*, em efeito interno ó para o Poder Judiciário. Importante ressaltar que as decisões proferidas em sede de incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas, de recursos especiais repetitivos e de recursos extraordinários repetitivos são vinculantes, mas não se deve esquecer que somente os precedentes oriundos de tais incidentes posteriores à vigência do código que possuem a eficácia vinculante na forma prevista no *novel* sistema de precedentes brasileiros (CRAMER, 2016, p. 192-195).

Assim, a decisão proferida em sede de recurso repetitivo será vinculante, tanto é que o novo código previu expressamente o procedimento a ser adotado após a decisão paradigma. Com efeito, há a determinação de que todos os recursos serão suspensos e, com a decisão final, todos devem ter negado seguimento⁶⁶ se a decisão hostilizada coincidir com a decisão

⁶⁶ Artigo 1040, I, do novo Código de Processo Civil. Publicado o acórdão paradigma: ãI - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior.ö

paradigma. De outro lado, quando a decisão for contrária ao paradigma, os recursos deverão ser reexaminados pelo tribunal, bem como os processos suspensos ainda não julgados deverão ser, para, em ambos os casos, aplicar a tese fixada no recurso repetitivo⁶⁷ (BRASIL, CPC, 2015). Um ponto interessante de se ressaltar é a não possibilidade de desistência do recurso quando já afetado e iniciado o julgamento em sede de recurso repetitivo, pois a questão jurídica deve ser resolvida para, diante da multiplicidade de decisões, propiciar a igualdade e a segurança jurídica (KREBS, 2015, p. 175).

Deve-se acentuar que, no sistema processual no Brasil, sob o pálio do Código de Processo Civil de 1973, havia a força persuasiva dos precedentes. Por certo que, com o passar do tempo, houve uma alteração gradual do sistema pela valorização da jurisprudência tanto em sede constitucional quanto em âmbito infraconstitucional. Tal evolução gradual redundou na edição do Código de Processo Civil de 2015 que, sem dúvidas, constitui um marco histórico para o Direito brasileiro. No sistema antigo, os magistrados não eram obrigados a seguir os precedentes, pois tinham apenas força persuasiva, com exceção das decisões em sede controle concentrado de constitucionalidade, pois poderia ser exigido o cumprimento pela interposição de reclamação (MELLO, 2016, p. 1-3).

Os instrumentos, para manter o sistema coerente e imprimir obrigatoriedade aos precedentes vinculantes, seja do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, existem. No entanto, ainda era necessário criar outro mecanismo para dar mais força à obrigatoriedade do sistema. Destarte, como instrumento a tal mister, a reclamação é indispensável para garantir a eficácia dos precedentes vinculantes, pois, uma vez detectada a violação do precedente, poderá ser proposta para a cassação das decisões exorbitantes dos julgamentos das cortes. Assim, no sistema do novo código, além das decisões de controle concentrado e das súmulas vinculantes, doravante também são passíveis de reclamação o desrespeito às decisões em sede de casos repetitivos e de incidentes de assunção de competência. Destarte, em todos os casos mencionados acima, a decisão dos paradigmas

⁶⁷ Artigo 1040, II e III, do novo Código de Processo Civil. (II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior). Tal previsão também existia no artigo 543-C, do antigo Código de Processo Civil, pois quando houvesse um ou mais casos representativos de controvérsia, o tribunal remeteria o caso ao Superior Tribunal de Justiça para que o Ministro Relator sorteado decidisse pela suspensão ou não de todos os processos sobre o tema até que o caso seja julgado pelo colegiado (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1000-1001).

vinculará os órgãos judiciais sujeitos ao tribunal vinculante e seu desrespeito ensejará o cabimento de reclamação (MELLO, 2008, p. 79 e MELLO, 2016, p. 3).

Sobre o tema, ressalta-se que:

[...] a partir do CPC/2015, passam a constituir precedentes normativos: (i) os precedentes produzidos em controle concentrado; (ii) as súmulas vinculantes; (iii) os julgados nos recursos extraordinário e especial repetitivo; (iv) os entendimentos proferidos em IRDR, em segunda instância; (v) os entendimentos firmados em incidente de assunção de competência, ao se apreciar questão de direito de grande repercussão social [...] (MELLO, 2016, p. 4).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, julga casos que geram efeitos vinculativos. Recentemente, com o novo Código de Processo Civil, ampliaram-se os efeitos vinculativos das decisões judiciais, alterando o modo como se aplicavam os precedentes da Corte Suprema do País. Antes do novo Código de Processo Civil, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado da constitucionalidade já eram precedentes vinculativos, ou, como se utiliza também, precedentes vinculantes ou normativos. Tais precedentes, como se sabe, geram força obrigatória, ou seja, de respeito obrigatório a todos os demais órgãos do Poder Judiciário.

A regra era, antes do novo Código de Processo Civil, a de precedentes persuasivos e, a exceção, os precedentes vinculativos, como ocorre nos sistemas antigos da *civil law*. Em sentido oposto, na *common law*, a regra era a do precedente vinculante/normativo. Mencionou-se que tal explicação se dava nos antigos sistemas da *civil law* e da *common law*. Entretanto, atualmente, ambos os sistemas sofreram alterações. Com efeito, na *common law*, passou-se a recorrer à lei, diante da necessidade de alterar marcos regulatórios de forma imediata e sistêmica. De outro lado, na *civil law*, cujo direito tem origem romano-germânica, introduziu-se a ideia do precedente normativo. Há, portanto, uma indiscutível aproximação entre os dois modelos de sistema (MELLO, 2015, p. 41-44).

Com o novo Código de Processo Civil, a mencionada aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law* avançou passos importantes no Brasil. Com efeito, com o *novel* código, estipula expressamente as hipóteses para se intentar a reclamação⁶⁸: preservar a

⁶⁸ DA RECLAMAÇÃO - Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; 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 enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção

competência do tribunal; garantir a autoridade das suas decisões; impor a observância de julgado do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; garantir o respeito ao enunciado de súmula vinculante e assegurar o respeito ao precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. *In casu*, para o julgamento ocorrer como incidente de demandas repetitivas, o relator deverá apontar dois ou mais casos que representam controvérsia e submete ao julgamento em órgão colegiado do tribunal. No caso de recursos especial e extraordinários repetitivos, o relator do tribunal *a quo* deve selecionar dois ou mais casos que serão ãrecursos-paradigmaö e encaminha ao tribunal *ad quem*. Em ambas hipóteses (incidente de demandas repetitivas e recursos especial e extraordinários repetitivos), a decisão final proferida pelo tribunal tem força vinculante, ou seja, deve ser respeitada obrigatoriamente.

O novo código também estabeleceu que caberá reclamação quando o objeto for assegurar o respeito ao precedente proferido em incidente de assunção de competência. Trata-se de incidente que considerará o julgamento de ãrelevante questão de direito, com grande repercussão geralö, evitando a repetição de processos sobre o tema. No caso, o julgamento será proposto pelo relator ao órgão competente e a decisão, assim como nos casos repetitivos, ãconstituirá precedente normativo, a ser obrigatoriamente observado em casos futurosö. Houve, assim, uma ampliação no rol de cabimento de reclamação para, ao fim e ao cabo, preservar o entendimento exarado pela Corte, introduzindo em profundidade, a teoria dos precedentes no Brasil (MELLO, 2015, p. 44-45).

Portanto, para além da tradição romano-germânica, que confere efeito meramente persuasivo ao precedente judicial, o novo código processual civil brasileiro admite, não sendo mais uma exceção, que o precedente judicial é vinculante e obrigatório, tratando-se realmente de ãuma escolha revolucionária para a experiência brasileiraö (MELLO, 2016, p. 4). Ora, argumenta-se que, com a vigência do atual Código de Processo Civil, a análise da teoria dos precedentes, as diferenças entre os sistemas/tradições da *common law* e da *civil law*, a

de competência; § 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir. § 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal. § 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível. § 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam. § 5º É inadmissível a reclamação: I ó proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada; II ó 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. § 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

aplicabilidade ao ordenamento jurídico brasileiro ganhou novos contornos, deixando o plano doutrinário/acadêmico ser o centro das discussões (PUGLIESE, 2016, p. 49). Com efeito, o novo código é o marco sobre a teoria dos precedentes no Brasil, já que o valoriza e fortalece sua aplicação (CRAMER, 2016, p. 48).

Ao analisar-se o mencionado código, marco na teoria do precedente brasileiro, bem como da pacificação da jurisprudência pátria, constata-se que, pelo menos, onze vezes o termo *precedente* é utilizado. A título de exemplo, a *novel* legislação instituiu um sistema de precedentes, pois traz a previsão da tutela de evidência quando o caso for amparado por tese firmada em casos repetitivos (art. 311, II⁶⁹); permite o julgamento liminar da improcedência quando houver fundamento em casos repetitivos e assunção de competência (art. 332⁷⁰); determina a aplicação fundamentada no uso de precedentes (art. 489, §1º, V⁷¹); determina que o juiz fundamente o *distinguishing* ao afastar o precedente (art. 489, §1º, VI⁷²); dispensa a remessa necessária quando a decisão estiver de acordo com o julgamento de casos repetitivos e assunção de competência (art. 496, §4º, I a III⁷³); concede ao relator o poder de negar seguimento ao recurso quando estiver contra julgamento de casos repetitivos ou julgamentos

⁶⁹ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;”

⁷⁰ “Da Improcedência Liminar do Pedido - Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.”

⁷¹ “Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença - Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, 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.”

⁷² “[...] 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 entendimento.”

⁷³ “Da Remessa Necessária - Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [...] §4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.”

em assunção de competência (art. 932, IV⁷⁴); dá ao relator o poder de dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida for contrária ao julgamento de casos repetitivos ou julgamento de assunção de competência (art. 932, V⁷⁵).

A despeito da previsão expressiva de institutos que mostram a adoção de uma teoria dos precedentes no direito processual civil brasileiro, o que revela mais acentuadamente a opção do legislador em adotar mencionada teoria é a previsão expressa de normas gerais e que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926⁷⁶), bem como a definição de precedentes com força vinculante e, enfim, regra como devem ser aplicados, modificados e publicizados⁷⁷ os precedentes (art. 927⁷⁸). E mais, rompendo a tradição da vinculação de precedentes somente das cortes superiores, a novidade no sistema processual é a existência de precedentes vinculantes oriundos das decisões dos órgãos de cúpula dos tribunais inferiores, vinculando os órgãos a eles internamente subordinados, e não para os outros tribunais (CRAMER, 2016, p. 48-49 e 197).

Sobre os artigos 926 e 927 da *novel* norma processual civil, é necessária uma análise pontual. O primeiro artigo traz vetores essenciais de justiça, pois adotou os princípios da

⁷⁴ “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.”

⁷⁵ “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.”

⁷⁶ Art. 926. 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 a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁷⁷ Sobre a temática em questão confira o capítulo 5.

⁷⁸ 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. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º 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. § 4º 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. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

previsibilidade, da certeza, da igualdade e da segurança jurídica. O segundo artigo mencionado também traz importantes obrigações com o intuito de garantir a uniformidade, a igualdade e a segurança jurídica, já que determina que os juízes observem os precedentes do Supremo Tribunal Federal; as súmulas vinculantes; as decisões proferidas em sede de incidente de assunção de competência ou de demandas repetitivas; as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e a orientação dos tribunais a que estão vinculados. Tais predicados do novo código confirmam o que já foi mencionado anteriormente, ou seja, que a essência do direito, em um sistema jurídico, tenha como objeto a certeza e a segurança jurídica (SICHES, 1956, p. 271).

Mas não se pode deixar de citar a existência de divergências doutrinárias em dispositivos de precedentes vinculantes dispostos no artigo 927 do Código de Processo Civil. Cinco correntes se formaram. A primeira⁷⁹ defende que é vinculante a disposição no artigo em referência. A segunda⁸⁰ argumenta que o artigo em comento não traz disposições vinculantes, pois só são dispositivos vinculantes às disposições que ensejam reclamação, logo, somente as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as súmulas vinculantes e as decisões em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas que ostentam tal qualidade. A terceira posição doutrinária⁸¹ defende que o dispositivo analisado tem apenas força persuasiva, já que o regime jurídico não conferiu a qualidade de vinculante, como faz nos casos de controle concentrado, súmulas vinculantes, incidentes de assunção de competência e de demandas repetitivas. A quarta corrente doutrinária⁸² afasta o caráter vinculante do artigo em foco sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, pois a Constituição Federal de 1988 só conferiu efeito vinculante às súmulas vinculantes, decisões de controle concentrado, ou seja, para ser vinculante deve haver previsão constitucional. A quinta e última posição doutrinária⁸³ sobre o tema sustenta que somente as cortes superiores podem proferir decisões com efeito vinculante, pois só cabe a tais cortes a missão de emitir precedentes e todos os precedentes, inclusive os previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, são vinculantes (CRAMER, 2016, p. 185-187).

Analisando as diversas posições doutrinárias, pode-se afirmar que o artigo 927 da norma processual traz um rol de precedentes vinculantes, ou seja, com razão para a primeira corrente

⁷⁹ Fredie Didier Jr.; Araken de Assis; Arruda Alvim e outros.

⁸⁰ Teresa Wanbier; Maria Lúcia Conceição e outros.

⁸¹ Alexandre Freitas Câmara.

⁸² José Cruz e Tucci; Nelson Nery Jr. e outros.

⁸³ Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero e outros.

apresentada anteriormente. Com efeito, duas razões fomentam tal posicionamento. A primeira razão se sustenta no fato de que houve um esforço legislativo de criar um sistema de precedentes para conferir igualdade, certeza e segurança jurídica e, assim, não trazendo um dispositivo com mera força persuasiva como ocorria anteriormente no sistema jurisprudencial da *civil law*. A segunda razão pode-se extrair da clareza semântica da assertiva de que os juízes observarão os precedentes, ou seja, induz claramente que os juízes deverão cumprir, devendo respeitar o precedente.

Ora, o novo código não se trata somente de uma nova norma no mundo jurídico, trata-se na realidade de uma alteração da cultura processual, um novo paradigma que altera os hábitos e comportamentos daqueles que operam o sistema de justiça. O novo sistema fortaleceu os precedentes persuasivos, já que deu relevância à aplicação do precedente, no entanto, voltou atenção especial para a hipótese do precedente vinculante. Note-se que, antes da vigência do novo código, somente as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado do Supremo Tribunal Federal eram consideradas manifestações judiciais vinculantes, e eram utilizadas não como precedentes, mas como reforço de argumentação jurídica. Destarte, com o novo código, deu-se início a um novo sistema jurídico no Brasil, pois os precedentes vinculantes obrigam os magistrados a conhecer os precedentes dos tribunais superiores e do seu próprio tribunal para aplicá-los, no dia a dia, para propiciar ao cidadão a igualdade de decisões e a segurança jurídica do sistema (CRAMER, 2016, p. 191 e 202-203).

Enfim, o novo código é um novo paradigma, pois trouxe novos mecanismos com o fim de forçar o sistema a produzir mais uniformidade, estabilidade e previsibilidade, ou seja, segurança jurídica. Tanto é que, não é demasiado repetir, foi expresso ao dispor que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Foi, assim, instituído um sistema de precedentes, mas com roupagem brasileira, pois o legislador preocupou-se em adequá-lo, ao máximo, ao sistema jurídico pátrio, diferente, pois, do sistema de precedentes da *common law* inglês e norte-americano (KREBS, 2015, p. 178-179). A história da teoria dos precedentes no Brasil, por ora, se encerra no novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] se amplia no Brasil o valor do precedente judicial e do precedente administrativo ao tempo em que mais são introduzidas técnicas próprias dos sistemas ou família de lei preponderantemente não escrita ou decorrente de costumes (*civil law*) [...] O CPC projetado introduz seção inteira que integra o precedente ao ato de julgar, devendo ser obedecido e estabelecendo regras precisas para a sua desconsideração, assim como para a sua mudança [...] (GUEDES, 2014, p. 262).

Encerrada a incursão histórica bem como a introdução necessária da teoria dos precedentes no direito brasileiro, constata-se que a evolução do direito⁸⁴ ocorre diante das alterações do seio da sociedade e em razão das influências recíprocas entre os sistemas jurídicos existentes. Foi exposto também como o direito das famílias da *civil law* e da *common law* se desenvolveram, inclusive culminando em sistemas diferenciados dentro da mesma família, bem como o surgimento de sistemas híbridos⁸⁵. Ao ensejo de tal assertiva, constata-se que há uma aproximação dos mencionados sistemas jurídicos sem, contudo, que seja, no direito da *common law* ou da *civil law*, se romper as tradições positivistas e não-positivistas, pois as fontes do direito devem incorporar novos critérios para a identificação do Direito válido, ou seja, no caso da *civil law*, uma teoria pós-positivista deve incorporar tanto critérios positivistas como não-positivistas para estabelecer os limites materiais que determinam o umbral de injustiça (BUSTAMANTE, 2012, p. 543).

A mencionada aproximação é visível no que concerne à Jurisdição Constitucional, pois, em ambos os sistemas⁸⁶, há o controle material de constitucionalidade com parâmetro nos direitos humanos e fundamentais, estejam ou não num documento constitucional escrito. *In casu*, o respeito ao precedente, nos estados que se apoiam em um direito constitucional, tem em seu Poder Judiciário novo *locus* de criação e ressignificação dos direitos e, com a teoria dos precedentes, é possível atuar com coerência, uniformidade e segurança jurídica, bem como atuar com eficiência e celeridade (BARBOZA, 2016, p. 147, 150 e 162).

Ressalta-se que, na tradição do sistema da *civil law*, o que sempre foi foco de atenção é a interpretação conferida à lei. Assim, diante da influência do constitucionalismo, bem como da aproximação dos juízes da *common law* e da *civil law* em concretizar direitos fundamentais, mais do que tudo, essa proximidade permite evidenciar a importância dos precedentes no sistema judicial brasileiro, em que os precedentes têm e terão feição interpretativa (MARINONI, 2010, p. 254).

De outro lado, o precedente deve ser mais específico que a lei, não ser muito aberto, mas, sim, determinado. É preciso enfatizar que o precedente não exclui a possibilidade de interpretação, pois, quando for abrangente, o magistrado, se concordar com o precedente, pode

⁸⁴ O tema é melhor abordado no Capítulo 4.

⁸⁵ O tema foi abordado no Capítulo 2.

⁸⁶ Brasileiro e norte-americano.

aplicá-lo de forma abrangente, do contrário, senão concordar, aplicá-lo-á de forma restritiva (MELLO, 2015, p. 47).

Sobre a interpretação e a determinação do precedente, afirma-se que:

[...] a decisão com base em precedentes depende de interpretação. A adoção de precedentes vinculantes altera o objeto da interpretação, que era a norma escrita e que passa a ser o precedente ou ambos. Espera-se que o entendimento formulado no precedente seja um pouco mais determinado do que a norma legislada. Mas não se dispensa a interpretação do precedente para a solução dos casos subsequentes [...] (MELLO, 2015, p. 47).

Outro ponto importante, na teoria dos precedentes no direito brasileiro, é os fundamentos determinantes. O precedente é, por vários fatores, necessário para a rápida solução do litígio e para a segurança jurídica do sistema. As razões e os fundamentos da decisão são importantes porque a decisão diz respeito apenas às partes. A decisão, visto como um precedente, interessa aos juízes o que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolver suas atividades. Assim, o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. No entanto, não se deve confundir tese jurídica/razão de decidir com fundamentação, pois nesta pode haver várias teses apresentadas para a solução do caso concreto (MARINONI, 2010, p. 221).

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 489, inciso II⁸⁷, estabelece que é elemento essencial da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, o legislador enfatizou que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: Vó se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos⁸⁸. No artigo 979, §2º, do novo código⁸⁹, ao tratar do incidente de demandas repetitivas, dispõe que: para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão

⁸⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

⁸⁸ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, 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.

⁸⁹ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. [...] § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (BRASIL, CPC, 2015).

Sobre o tema, levanta-se a hipótese de reclamação ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça quando não respeitado o precedente emanado pelas cortes superiores. Sustenta-se que a decisão judicial proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental cria duas normas jurídicas: a) a norma jurídica do caso que diz respeito ao determinado ato normativo objeto do processo; e b) a norma jurídica geral para outros casos semelhantes ao precedente. Argumenta-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar uma impetração de Reclamação, definiu que os motivos determinantes de um acórdão em ADI transcendiam para além do caso, servindo para resolver casos outros semelhantes (DIDIER JR., 2013, Editorial 168).

Pode-se afirmar também que a tese da transcendência dos motivos determinantes nada mais é do que reconhecer a eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas, também, aos próprios fundamentos que embasaram a decisão (BARROSO, 2012, p. 238-239). Assim, os fundamentos determinantes são compreendidos como os fatos relevantes e a solução de direito estabelecidos pelo caso-precedente. De outro lado, a *ratio decidendi* é estabelecida a partir da identificação dos fundamentos determinantes da decisão, ou seja, da unicidade da questão fático-jurídica entre o caso-precedente e o caso-presente. Portanto, havendo um precedente no qual o fundamento determinante, ou seja, a *ratio decidendi*, se aplica ao caso a ser examinado, o magistrado só não aplicará o precedente pelo afastamento (*distinguishing*) ou pela superação (*overruling*), mas não havendo argumento convincente, o precedente deve ser seguido aplicando-se o princípio da *oprensione a favore del precedente* (ZANETI JR., 2016, p. 299 e 350-351).

A superação (*overruling*) só pode ser operada pela fonte produtora, ou seja, o tribunal que criou o precedente. Em se tratando de magistrado verticalmente inferior, a obediência ao precedente não pode ser superada e, assim, a melhor solução para o juiz que não se conforma com o precedente será sempre aplicar o precedente com a ressalva do entendimento pessoal, o que também permitirá o recurso da parte vencida. A força vinculativa do precedente traz ao magistrado um motor dialético, compelindo o juiz a observar a relação com passado (precedente) e como futuro (consequências de sua alteração), com uma responsabilidade que

supera o caso concreto, [...] ou seja, o juiz deverá agir, ao exarar a decisão, de tal forma que a máxima da decisão (*ratio decidendi/holding*) se transforme em máxima geral (ZANETI JR., 2016, p. 299 e 318).

Dessa forma, são os motivos determinantes que possuem força vinculante no precedente, razão pela qual deve haver um esforço de externalização da *ratio decidendi* por parte do órgão de decisão. Uma vez externada a *ratio decidendi* será possível identificar que a decisão posterior não obedeceu ao precedente, pois não houve vinculação formal, ou seja, significa que um julgamento que não respeita um precedente vinculante [...] não pode ser considerado juridicamente correto [...] e, portanto, poderá/deverá ser objeto de reversão pelos meios de impugnação disponíveis no ordenamento jurídico.

A adoção do precedente fundado nos motivos determinantes assegura a racionalidade, pois atende à premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, mas para isso exige-se a demonstração da identidade de fundamentos determinantes (unicidade da questão fático-jurídica, *ratio decidendi* ou *holding*, pela qual a circunstância de fato de um caso deve ser conectada à solução jurídica dada), que deve ser visualizada entre o caso-precedente e o caso-atual. Em arremate, o novo Código prevê a obrigatoriedade, quanto se tratar de aplicar um precedente, de explicitar, na motivação da decisão, a relação da causa ou questão decidida com os fundamentos determinantes do caso precedente. Pode-se dizer, então, que se encontrará o precedente aplicável ao caso em análise quanto ocorrer a identidade de fundamentos determinantes, ou, como dito anteriormente, a unicidade da questão fático-jurídica e *ratio decidendi* (ZANETI JR, 2016, p. 321-323, 333 e 345-346).

Dessa forma, a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios, no sistema jurídico brasileiro, é uma necessidade para garantir os primados da igualdade e da segurança jurídica. Com efeito, não é possível admitir que lides que são levadas ao Poder Judiciário sejam resolvidas de forma aleatória, ou seja, com a aplicação de uma jurisprudência lotérica.

Sobre a expressão jurisprudência lotérica, ressalta-se que:

[...] a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado juiz que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado [...] (o) fenômeno da jurisprudência lotérica, proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto enim iure nemo bonorum

aut animae securus vivit (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou vida) (CAMBI, 2001, p. 196-197).

E mais, adotar a teoria dos precedentes acarreta, além da já mencionada segurança jurídica, também a isonomia e a eficiência. Com efeito, tem-se maior segurança pela determinação que o precedente apresenta do que o texto da lei que invariavelmente é abstrato e aberto. Assim, sendo mais taxativo do que a lei, o precedente propicia maior compreensão e o prévio conhecimento do direito pelo jurisdicionado. De outro lado, há mais isonomia devido ao julgamento igualitário, ou seja, casos que são semelhantes receberão o mesmo tratamento do Poder Judiciário. Enfim, há eficiência diante do fato de que, ao aplicarem os precedentes, os juízes serão céleres e poderão aplicar seu tempo a outros casos (MELLO, 2015, p. 51).

Há, assim, inúmeros benefícios em adotar a teoria dos precedentes. No entanto, há a necessidade de se alterar a cultura dos juízes e das cortes brasileiras.

Nesse sentido, Patrícia Perrone Campos Mello afirma que:

[...] a cultura dos precedentes judiciais precisa ser igualmente desenvolvida nas cortes vinculantes, através de decisões claras, consistentemente fundamentadas e prestigiadas por seus próprios membros, que não podem ser dar ao luxo de alterá-las a cada mudança de composição ou de acordo com as conveniências políticas de momento [...] (2015, p. 51).

Assim, na teoria dos precedentes, no direito oriundo da família da *civil law*, não é possível esquecer-se das diversidades culturais e jurídicas. Com efeito, a tradição histórica que redonda na diversidade dos sistemas jurídicos das famílias da *civil law* e da *common law* não se restringem às regras do direito, ou melhor, na *substantive law*. Ora, diante da existência de um sistema fechado (*civil law*) e de um sistema aberto (*common law*), diferenças também se apresentam na seara processual, ou seja, na *adjective law*. Historicamente, no direito da *civil law*, o processo é regido por códigos, enquanto que, na *common law*, havia apenas regimentos (*rules of the Supreme Courte e rules Commitee*) (DAVID, 2006, p. 35-36).

Outro ponto diferencial entre os sistemas é que, no processo civil da *common law*, inicia-se a ação com a expedição de um mandado de citação para que o réu satisfaça a pretensão ou apresente suas explicações. Tal procedimento não é o início de um processo com ampla defesa e contraditório amplo como ocorre na *civil law*, por isso, há certo zelo e critérios para se expedir o mandado judicial na *common law*, pois se deseja o título e não a discussão da causa. Na maioria das vezes, na *common law*, o processo civil se encerra com o mandado incontestado, com pouca participação do juiz, sendo muito raro que ocorram debates e que seja proferida uma

sentença. Contudo, pode haver debates orais, poucos, em sua maioria, mas não há a promoção do contraditório de um litígio. Outro ponto interessante, é que, no direito da *common law*, ao contrário do que ocorre na *civil law*, o processo civil pouco se distingue, em sua essência, do processo penal, pois é sabido que, nos países da *civil law*, ãa mesma jurisdição nunca pode conhecer, ao mesmo tempo, de uma ação cível e de uma ação penal conexasö. Outro ponto de distanciamento dos sistemas é específico ao direito processual penal, pois a tradição e a formação histórica da *common law* acarreou uma diferente forma de conceber o que é justo.

O processo penal no sistema da *common law*, historicamente foi marcado pela barbárie e, por volta do século XVIII, começou a se transformar e atualmente é orgulho dos ingleses no que se refere ãa um direito processual profundamente renovadoö que melhorou a situação dos acusados, como, por exemplo, o direito de se calar, de que o interrogatório não pode ser abusivo, da paridade de armas no processo e a inadmissibilidade de provas não obtidas õconforme a justiça e à lealdadeö (DAVID, 2006, p. 37, 45-47 e 52-54). As comparações entre os sistemas jurídicos das famílias da *civil law* e da *common law* são inevitáveis. É certo que, nos países da *civil law*, normalmente os juízes estão obrigados, estão vinculados, a cumprir a lei e, neste contexto, os precedentes teriam somente força persuasiva⁹⁰. No entanto, em uma análise mais cuidadosa, constata-se que não é bem assim, pois o valor dos precedentes é comum a todos os sistemas (ABELLÁN, 2016, p. 239).

Nesse sentido, constata-se que:

[...] los precedentes, en ambos sistemas (common law e civil law), se insertan en el proceso de razonamiento judicial como elementos que justifican la respuesta jurídica al caso. Forman parte de las razones para decidir el caso. Por eso no tiene mucho sentido hablar de precedentes de eficacia estrictamente vinculante y precedentes de eficacia meramente persuasiva. La eficacia del precedente se expresa más bien en un continuum que depende de la mayor o menor fuerza que se atribuya a las razones para seguirlos [...] (ABELLÁN, 2016, p. 240).

Com efeito, a atuação, no sistema jurídico, deve ser sempre pautada em um critério cujo resultado se desenrole em uma lei universal, pois trata-se de um õprincipio fundamental del razonamiento práctico que responde a la exigencia de tratar igual lo que es igual y que pocos negarán: una decisión práctica no universalizable no resulta moralmente aceptableö (ABELLÁN, 2016, p. 242).

⁹⁰ Referida temática foi tratada anteriormente, ou seja, havia uma tradição do precedente persuasivo que está se alterando.

A propósito, deve-se ter cautela, pois é comum no direito um sistema se inspirar em outro, mas pode ocorrer o problema de transposição⁹¹ de noções e conceitos jurídicos, sem contar com os problemas de tradução linguística, literal ou filológica (SOARES, 2000, p. 184). Assim, não é possível realizar o *custed and pasted* entre um sistema e outro, pois é necessário realizar uma circulação de ideias de transformação das instituições e dos atores jurídicos (LANGER, 2004, p. 5-6). E mais, transpor para um sistema institutos de diferentes sistemas pode acarretar rupturas culturais. Ora, é importante salientar que as diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law* podem ter diversas razões, dentre elas a tradição. No entanto, um ponto que sempre separou os sistemas pode estar no início, desde o direito romano, pois, para os juizes da *civil law*, sempre existiu um sistema no qual os juizes encasilhavam suas decisões, sendo que, no sistema da *common law*, não havia, fazendo com que fosse criada uma estrutura. Portanto, isso causou uma restrição à atividade criativa do juiz da *civil law* e a tornou mais ampla ao juiz da *common law* (HANNA, 1957, p. 375-376).

No entanto, pode-se afirmar que o impacto do novo Código de Processo Civil é inegável e transpassa a área cível, alcançando as demais áreas do direito, inclusive e em especial, aos direitos penal e processual penal, cuja igualdade, certeza e segurança jurídica são vetores importantes.

Na teoria dos precedentes nos diferentes sistemas penais, ressalta-se a seguinte passagem:

[...] a situação é um pouco distinta em ordenamentos de common law. Muito embora exista uma tendência geral a introdução de leis escritas (statutory law) e a diminuição da força dos precedentes a doutrina aponta a permanência do habitus judicial de criar normas pelos precedentes ingleses, mesmo com a decisão da House of Lords de não ser mais sua função criar suportes fáticos penais [...] (ZANETI JR., 2016, p. 455).

Mas, apesar da assertiva de que a norma adjetiva civil é ampla, no sistema da *civil law* brasileira, a amplitude do processo civil deve ser restringida no processo penal, pois neste, por imperativo constitucional, aplica-se o princípio da legalidade⁹² e, assim, um precedente não poderá tipificar um crime, mas alerte-se para o fato de que a interpretação dada no precedente vincula para os julgamentos futuros (ZANETI JR., 2016, p. 454-457).

⁹¹ O tema será abordado no Capítulo 7.

⁹² Princípio Constitucional - Artigo 5º, II, da Constituição Federal - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Nesse sentido, o principal indicador, senão uma exigência, de que se respeite o precedente, é a necessidade de se considerar os princípios da legalidade e da igualdade, pois são da essência de todo e qualquer sistema jurídico da *civil law*, já que a sociedade precisa saber as regras do jogo, antes de começar a jogar. Ora, só há sentido em estabelecer o princípio da legalidade se tal princípio propiciar a isonomia, o que não se logrou êxito, pois verifica-se que, diante das infinitas formas de interpretação do texto legal, os tribunais têm apresentado diferentes óticas sobre a mesma lei, e mais, é frequente a alteração brusca da orientação dominante nos tribunais superiores, o que compromete a segurança jurídica e surpreende os jurisdicionados. Outro indicador para que se respeite o precedente é consubstanciado no dever de evitar incertezas, já que a litigiosidade é estimulada em casos duvidosos, bem como é comprometida a força moral do direito e mais, quando o direito é incerto, o governo é dos homens e não da lei (WAMBIER, 2012, p. 31-33 e 37).

Destarte, não se pode deixar de enfatizar que as decisões judiciais influenciam todos os profissionais do direito, pois as opiniões judiciais apresentadas diuturnamente são consideradas para os casos futuros. De outro lado, as decisões judiciais são consideradas no desenvolvimento da lei e mais, também afetam a forma como o direito é estudado, pois influencia na formação profissional (HANNA, 1957, p. 375).

Por fim, o estudo supra aponta que a teoria dos precedentes no Brasil não foi alheia às influências externas. Com efeito, ao contrário do que possa transparecer, desde seus primórdios, as duas tradições jurídicas (*civil law* e *common law*) não estavam totalmente alheias às recíprocas influências (STRECK; ABOUD, 2015, p. 28). Como se nota do presente estudo, na *civil law*, há a lei como ponto de partida, mas as decisões judiciais sempre foram de extrema importância no desenvolvimento do direito e; do outro lado, na *common law*, o ponto de partida é a decisão judicial, mas a lei também tem grande papel no sistema (HASELOF, 2018, p. 39-40).

3.7 Considerações parciais

As principais características da teoria dos precedentes foram analisadas, como a força persuasiva e vinculativa, bem como sua estrutura com enfoque na *ratio decidendi* e a *obiter dictum*. Ao fim, analisou-se a teoria dos precedentes no direito brasileiro. Logo no início, verificou-se as diferenças entre jurisprudência e precedente. Percebe-se que o tema é de grande relevância no cenário atual, já que, com a teoria de precedentes no direito brasileiro, o ideal de

justiça igualitária pode se ampliar. Se extrai ainda que o sistema de precedentes apresenta uma estrutura que pode propiciar maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

Pode-se afirmar que a força persuasiva do precedente advém de uma jurisprudência não contraditória, no entanto, não se pode ignorar o precedente, ainda que não vinculante, pois seria um desrespeito à estrutura lógica do sistema e mais, o precedente vinculante, que ganhou mais força no sistema brasileiro, tem como característica marcante o dever de obediência, ou seja, o magistrado comprometido com o mandamento constitucional de que todos merecem ser tratados de forma isonômica deve seguir o precedente.

Ao analisar o tema, restou claro que o precedente, em sua essência, é o vinculante verticalmente, aquele que provém de grau superior hierarquicamente daquele que o aplica ao caso sucessivo e, assim, é vinculante pelo respeito que tem sua força na autoridade e na competência do órgão que proferir a decisão considerada como precedente. Mas foi visto que a autoridade do precedente também decorre do respeito pela própria corte, ou seja, para que haja o respeito ao precedente de forma vertical, há de existir o respeito ao precedente horizontalmente.

Listou-se como vantagem dos precedentes a igualdade na aplicação da lei, a atualização da lei pela decisão judicial e a limitação de demandas em decorrência da probabilidade e da previsibilidade que o precedente ostenta no sistema. De outro lado, apontou-se como desvantagem o engessamento do direito, ou seja, que o precedente impediria a evolução do direito. Para afastar tal objeção, apresentou-se o *distinguishing* e o *overruling*, ou seja, de que o direito continua dinâmico com a adoção da teoria do precedente, já que, com a distinção, não se aplica o precedente, pois a tese jurídica não é semelhante e, na superação, o precedente que se demonstra obsoleto é afastado e o direito evolui.

Para a análise do *distinguishing* e do *overruling*, foi necessário analisar, devido a sua importância, a *ratio decidendi*, pois, na teoria da vinculação dos precedentes, é em tal ponto que se descortina a regra a ser seguida, qual é a tese firmada que será obrigatória a todos os demais órgãos do Poder Judiciário. De outro lado, ainda para que se descortine o que é a *ratio decidendi* no precedente, apontou-se o que é a *obiter dictum*, que não é vinculativa, mas são questões periféricas decididas, no caso concreto, que podem ter efeito persuasivo.

Ao examinar o tema, não se poderia deixar de analisar como a literatura trata a questão no direito brasileiro e, para tanto, apresentou-se uma incursão histórica que perpassa pelas

regras de além-mar, pelas constituições e códigos brasileiros até chegar-se ao atual Código de Processo Civil. Por tal razão, é correto afirmar que, na *civil law*, o juiz deveria aplicar a lei nos termos do que foi decidido pelo legislador, mas é notório que o juiz cria uma norma a cada caso que julga. Entretanto, diante da abertura hermenêutica propiciada pela lei, há uma incerteza jurídica e, assim, o novo Código de Processo Civil aproximou o direito brasileiro da teoria dos precedentes vinculantes para trazer maior previsibilidade e segurança jurídica.

A teoria dos precedentes pode ser considerada um instrumento que tem o condão de estabilizar a situação jurídica, pois seguir um precedente, de forma voluntária ou vinculativa, é fundamental, pois a interpretação apresentada deve ser utilizada para casos análogos. As recentes alterações legislativas, mormente as inseridas no novo Código de Processo Civil, caminham para a obrigatoriedade dos precedentes diversa da existente no sistema do *common law*, já que para os países pertencentes a tal tradição, o precedente é seguido mesmo que não haja lei os obrigando a tanto.

Mencionou-se inicialmente que a teoria dos precedentes, nos sistemas da *civil law* e da *common law*, é diversa, no entanto, no Brasil há uma confluência dos sistemas, uma vez que existe a lei com ponto central na aplicação do direito, mas também há o respeito ao precedente judicial. No entanto, trata-se de tradição e cultura e do estudo percebe-se que as legislações atuais, que introduzem mais fortemente a teoria dos precedentes, pode alterar a percepção do direito brasileiro, pois, assim, poder-se-á alcançar mais estabilidade e segurança jurídica.

4 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Atualmente o cidadão é cada vez mais informado sobre seus direitos e deveres, talvez pela melhora na instrução da população, mas com certeza pela facilidade de acesso à informação, bem como pela velocidade que esta alcança os rincões do planeta Terra. O cidadão constantemente se depara com situações jurídicas que são ditadas por regras de convívio em sociedade, sendo que, havendo o desrespeito, o Poder Judiciário é acionado para dirimir os conflitos (CONTRUCCI, 2010. p. 28-34).

Anteriormente apresentou-se como se formaram os sistemas jurídicos e quais são suas características, contudo é necessário tratar da temática da evolução do direito. A análise é realizada sob o enfoque dos principais sistemas jurídicos no mundo, quais sejam: a *common law* e a *civil law*. É necessário tratar como o direito se formou e evoluiu na história da humanidade, pois definir o que venha a ser direito não é tarefa fácil. Com efeito, para os naturalistas, o direito existe na esteira de õregras básicas de conduta de certo tempo e lugar e culturaõ, enquanto que para os positivistas o direito é criado, originado em uma Constituição ou leis escritas⁹³. Outra polêmica é se o direito é uma ciência ou um õsomatõrio de disciplinas jurídicas na carreira universitáriaõ.

O desenvolvimento do direito na história é incerto. Pode-se apresentar uma visão antes e depois de Cristo e, sob tal ponto de vista, é possível afirmar que o direito nasceu, no padrão como é conhecido, no Egito por volta de 3000 a.C., iniciando a regulação da vida em sociedade em conjunto com o direito de outros povos denominado de *cuneiforme*, sendo que tais vertentes do direito é que influenciaram a criação do direito grego e todos culminaram no surgimento do direito romano no século V a.C. que, por sua vez, se estendeu a todo o Oriente e Ocidente com a expansão do Império Romano. Note-se que o direito romano também foi influenciado durante sua expansão, pois absorvia as vertentes do direito dos povos que sofreram dominação romana (CONTRUCCI, 2010. p. 34-52, 91 e 155).

Em relação à evolução do direito e sua formação ao longo dos séculos, ressalta-se que:

[...] o direito romano, com a expansão de seu império, influencia todo o mundo, do Oriente ao Ocidente, e também é influenciado pelo direito dos povos dominados. De sua fusão com o antigo direito eslavo surge o russo, em torno do Século X d.C., e de

⁹³ Trata-se do direito vigente no Brasil.

seu contato com o antigo direito germânico e lombardo, faz surgir o direito franco, por volta do século XI d.C. [...] (CONTRUCCI, 2010. p. 52).

Destarte, fica evidente que a formação do direito tem seu início no Egito e, posteriormente floresce diante das novas culturas que vão se incorporando, havendo, inclusive, um contraste entre o direito novo, aquele oriundo da expansão do direito romano com o direito dos povos dominados. Com o período feudal, notou-se a alteração do direito existente, inclusive afastando-se do direito romano e apresentando um direito quase anárquico, pois sem hierarquia e o mundo ocidental saiu de um padrão quase único e mergulhou num caldeirão. Posteriormente, entre os séculos X e XV, notou-se a existência do direito românico e do nascedouro do sistema da *common law*.

Interessante notar que, durante a evolução do direito, várias vertentes se formam, mas, de tempos em tempos, duas se estabelecem. Com efeito, surgiram inicialmente duas concepções do direito (Egito e *Cuneiforme*), houve evolução, constantes alterações e, posteriormente, duas vertentes se formaram novamente (Românico e *Common Law*). Atualmente isso também ocorre, pois o direito, no decorrer da evolução dos séculos, redundou em duas grandes famílias⁹⁴, quais sejam, a da *Civil Law* e a da *Common Law*⁹⁵, ou seja, uma vez mais, o direito se estabiliza sob duas óticas.

Voltando à evolução do direito na história, ao mesmo tempo em que se formavam estas duas últimas vertentes do direito (Românico e *Common Law*), os direitos hebraicos, hindus, chineses e japoneses também evoluíam, sendo que o hebraico influenciou o direito mulçumano e, posteriormente, o hindu. O direito chinês foi essencial para o desenvolvimento do direito japonês devido a sua influência. Atualmente, voltando-se para o passado, nota-se que todo o desenvolvimento dos sistemas jurídicos, do direito, culminou no fato de que todos esses ramos e todas essas culturas estão cada vez mais ligados entre si, principalmente do final do século XIX e início do XX/XXI (CONTRUCCI, 2010. p. 52-84).

No que concerne à evolução do direito na história, afirma-se que:

[...] o direito evolui porque evoluem os povos e o praticam, porque outros modelos de contraste o fazem evoluir ou, porque, com a fusão entre os dois sistemas, surge um terceiro da transformação. Além de evoluir, o direito está atrelado a uma cultura, a um povo, a um território e, conseqüentemente, a costumes ali praticados durante séculos de convivência, que geram um padrão de conduta [...] Nessa evolução histórica, hoje o direito está passando uma fase de grande mudança. Os sistemas jurídicos estão sendo

⁹⁴ Classificação utilizada por René David.

⁹⁵ O tema foi abordado no Capítulo 2.

influenciados pela massificação de informações e de culturas, pela grande troca de experiências no âmbito internacional, pelos comércios e troca de serviços globais, pelos tratados internacionais que cada vez mais buscam criar padrões universais que fomentem a integração entre as culturas (CONTRUCCI, 2010, p. 57-61 e 84-89).

Portanto, o direito, seja qual for a concepção que se adote (naturalista ou positivista), não pode ser outra coisa senão um sistema de normas evolutivas, práticas e coercíveis para que a justiça e o padrão de conduta de uma cultura sejam efetivados (CONTRUCCI, 2010, p. 258).

Assim, o tema do presente capítulo diz respeito à evolução do direito. A análise será realizada nos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*. Sob tal perspectiva, não se pode deixar de apontar que, atualmente, por influência do direito norte-americano, o direito não pode ser aplicado em uma concepção objetivista e mecânica. Com efeito, o direito deve ser aplicado pelos juízes afastando-se do tradicionalismo jurídico e, desta feita, introduzindo uma interpretação evolutiva do Direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social (BOBBIO, 1999, p. 36).

Nesse sentido, ressalta-se o seguinte pensamento:

[...] a vida do Direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades do tempo, as teorias morais e políticas que prevalecem, as instituições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros matemáticos [...] (HOLMES JUNIOR, 1881, p. 1).

A problemática, então, como ponto de partida para analisar o tema é: Na evolução do direito brasileiro ocorre a interpenetração dos institutos da *civil law* com outros da *common law*? Como resposta a tal indagação se propõe: o direito brasileiro evoluiu com a interpretação dos textos e com as regras da hermenêutica, mas, com o passar do tempo, a influência da *common law* fez com que evoluísse a forma de aplicação do direito, como, por exemplo, a influência do direito jurisprudencial e a teoria dos precedentes persuasivos e vinculativos.

O intuito é comprovar que o sistema jurídico brasileiro está evoluindo paulatinamente, como os demais países que adotam a *civil law*, mantendo-se, em suas raízes, mas incorporando influências externas. Para tanto o capítulo foi dividido em quatro partes, primeiro a evolução do direito em si e, posteriormente, a análise da evolução do direito por meio da interpretação. Adentrando na análise que mais se aproxima da tese, abordou-se a evolução do direito em seu

viés da jurisprudência, do precedente e seus efeitos vinculantes. Tratou-se também das novas legislações como indicativo de evolução do direito diante dos novos institutos apresentados. Por fim, são apresentadas considerações parciais sobre o tema.

4.1 A evolução do direito

É de bom alvitre informar que os conceitos sobre a evolução do direito são pouco nítidos e sem nenhuma precisão teórica. Mas, antes de analisar as hipóteses de evolução, importante é apresentar as várias concepções históricas e correntes doutrinárias sobre o direito. É consenso que o direito é um conjunto de normas gerais que regulam a vida em sociedade, ou seja, o fim do direito é precisamente determinar regras que permitam aos homens a vida em sociedade. Sobre tal ponto, escolas se formaram e apontaram divergências. A escola positiva sustenta que o direito possui restrições que são ditadas pela observação, pela experiência e pela necessidade. Já a escola racionalista argumenta que tais restrições são o fruto da razão humana. Para a escola histórica, as mencionadas restrições resultam da história, das relações sociais, das necessidades econômicas, das aspirações de cada época e da luta dos interesses convergentes (MONTEIRO, 1994, p. 1-2).

A temática da evolução do direito adentra na própria história da criação do sistema jurídico, pois nasce para atender as necessidades fundamentais da sociedade e, posteriormente, passa a disciplinar as sociedades humanas gerando a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência. A ordem jurídica, portanto, nasce da necessidade de garantir a coexistência social e, assim, as normas asseguram um Estado organizado para a sociedade e para o indivíduo (BRUNO, 1967, p. 11). Quanto ao sistema jurídico, o desenvolvimento busca sempre a eficácia em regular as relações sociais e jurídicas da sociedade. Com efeito, a eficácia de um sistema jurídico é uma função da eficiência de suas leis. Portanto, o sistema jurídico será eficaz quando suas normas imporem deveres e aplicar sanções (RAZ, 2012, p. 125).

Mas não é só isto, pois o desenvolvimento do direito e do sistema jurídico também deve buscar previsibilidade e segurança jurídica. Com efeito, no século XIX, verifica-se que tais predicados foram colocados em evidência pela codificação, ou seja, buscava-se concretizar o direito previsível, com segurança jurídica pela unidade e coerência dos códigos. A crença na codificação que teve como marco o Código de Napoleão, a compilação Prussiana e o Código Austríaco, trouxe ferramentas interpretativas para a aplicação do direito, fomentando, assim, a previsibilidade e a segurança jurídica. No entanto, não se concebeu que há falhas no

ordenamento jurídico e que há disfunções metodológicas. Pressupunha-se, conforme a escola da exegese, que tais falhas e disfunções seriam ósuprimíveis através das técnicas de interpretaçãoö. De outro lado, a rigidez dos códigos contrastava com a ideia do direito vivo, com constantes redefinições õdas práticas sociaisö. Destarte, a incompletude do ordenamento jurídico (lacunas e contradições) e o conflito do direito estático, frente à dinâmica social, atingem a aspiração da previsibilidade e da segurança jurídica. Portanto, é necessária a atualização constante das normas jurídicas, cuja evolução não pode se descurar da alternância dos valores da sociedade (CARVALHO, 2013, p. 102-107).

Ora, onde está o homem há o direito õcomo expressão de vida e de convivênciaö, ou seja, é o direito uma õrealidade universalö e, como tal, o direito tem seu valor na justiça e, assim, deve expressar uma unidade concreta que constitua o bem comum. Destarte, a justiça é õa expressão unitária e integrante de valõres todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídicaö. Em sendo o direito uma realidade universal, é um fato social que surge da necessidade de organização da sociedade. O direito está õem perene transformação, e as normas não subsistem, nem são possíveis, sem realidadeö.

A mencionada transformação recorrente do direito deve ser alcançada sob três alicerces: justiça, segurança jurídica e progresso social. Note-se que, õos três valores fundamentais (ordem, justiça e progresso) estariam sempre presentes numa sociedade em pleno desenvolvimentoö. Portanto, diante do dinamismo da vida social e política no Brasil, não é possível adotar uma teoria puramente técnico-jurídica, já que diuturnamente ocorrem õmutações bruscas e surpreendentesö e, desta forma, o desenvolvimento do direito, apesar da grande influência histórica do positivismo, não pode se esquecer das teorias sociológicas do direito (REALE, 1970, p. 5, 9, 33 e 247).

Ainda sobre o direito e sua evolução, registra-se a complexidade que ocorre nas fontes, as quais sofreram grandes alterações com o passar do tempo. Ora, õa vida moderna tem sido alimentada por muitas fontes: grandes descobertas das ciências alteram o papel do homem no próprio universoö (SHECAIRA, 2010, p. 13). O avanço da tecnologia, o rompimento de fronteiras do conhecimento e a explosão demográfica, bem como o avanço da comunicação em massa faz com que o direito sofra alterações constantes. As antigas concepções incorporam novos conceitos e meios de prova, como, por exemplo, a definição do genoma humano influenciou a análise dos crimes de racismo. No campo probatório, as antigas certezas cederam

lugar às provas científicas, como os exames de DNA, as gravações em vídeo e perícias técnicas irrefutáveis.

Portanto, há uma reconstrução social diária, devendo ocorrer uma reordenação no campo jurídico, ou seja, há um novo modelo a ser racionalmente construído no âmbito das ciências sociais, cujos reflexos são evidentes na área do direito (SHECAIRA, 2010, p. 14).

Sobre tal assertiva, traz-se o seguinte fragmento:

[...] se a modernidade se coaduna com uma sociedade aberta e democrática, que é produto de um novo modelo de racionalidade aberto ao debate e à crítica, consagrado na síntese constitucional do Estado Democrático de Direito, as mudanças jurídicas decorrentes dessa transformação social não podem passar ao largo dessa discussão [...] (SHECAIRA, 2010, p. 14-15).

Destarte, a evolução do direito perpassa a análise das transformações da vida em sociedade, mormente na atualidade diante da globalização que acarreta transformações nos conceitos de soberania, jurisdição e constitucionalismo (SHECAIRA, 2010, p. 23-24). Atualmente testemunha-se o surgimento de novas maneiras de encarar a sua criação e aplicação. O estudo da atualidade demonstra um pluralismo jurídico, pois da origem colonial do direito que recebe suas adaptações, passa-se a um direito que recebe a cultura europeia no intuito de modernizar-se, sem contar com a manutenção e a conservação do direito local tradicionalmente aplicado (NASSER, 2005, p. 21-22).

Nesse aspecto, é necessário reafirmar que a sociedade é regulada por normas, por regras de convivência em comum. Mas, atualmente, não se pode afirmar que a sociedade é regulada somente por normas, pois o conjunto das configurações sociais também a regulam. Portanto, para se entender como a sociedade funciona, como se organiza, para prever com um grau de certeza o comportamento dos atores sociais, não se pode olhar apenas para as normas vigentes (NASSER, 2005, p. 33). Assim, fica o registro de que, ao abordar o tema da evolução do direito, é necessário considerar a influência dos movimentos sociais, mormente pelo fato de que os tribunais estão vinculados aos textos legislativos (CAMPILONGO, 2012, p. 34-35).

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] a aposta dos movimentos sociais no direito é e, portanto, confiança na força do direito é pode aflorar de três modos: "contra" pelo e "após" o direito. [...] No fundo, identifica-se um obstáculo construído pelo direito e procura-se removê-lo também através do direito. [...] desse modo, ainda que de maneira não prevista ou indesejada, contribuem para o aguçamento da autorreflexão do direito, para expansão de sua

capacidade de auto-observação e autocorreção de suas operações e, por fim, introdução de variabilidade no sistema jurídico (CAMPILONGO, 2012, p. 34-35).

Portanto, é necessário analisar como a evolução do direito é vista sob o aspecto da sociologia jurídica, pois o Direito é definido como uma prática social de natureza construtivista, argumentativa e não manifestamente injusta, que está indissociavelmente ligado a uma teoria procedimental da justiça (BUSTAMANTE, 2012, p. XXV). Nesse ponto, a análise da evolução do direito, sob o enfoque da autopoiese e da heteropoiese, cinge-se, principalmente, na irritação que o entorno causa no sistema jurídico, pois a expectativa normativa se equilibra mediante a forma escrita, trazendo a estabilidade, mas há uma necessidade de simbiose entre o agora e o depois, pois o texto está sujeito a contínuas re-observações mediante novas distinções sendo tarefa do intérprete, pois todo direito assegurado mediante escritos é um direito que pode ser interpretado. A evolução autopoietica ocorre quando se cumprem diferentes condiciones y cuando éstas se acoplan entre sí de manera condicional (= necessária), quais sejam: variação, seleção e estabilização do sistema. E mais, a autopoiese é *conditio sine qua non* de toda evolução, pois pode-se alcançá-la através da alteração das estruturas. Não se olvida que a evolução, como visto acima, depende do acoplamento estrutural, já que a evolução se efetua quando se completam diferentes condições e quando estas se acoplam entre si de maneira condicional de variação, seleção e estabilização (LUHMANN, 2003, p. 173 e 182-183).

É importante apontar que há inúmeros fatores que influenciam os sistemas, uma vez que uma sociedade complexa só pode ser descrita por meio de uma teoria complexa e não há outro meio de alcançar um juízo sobre o direito da sociedade (LUHMANN, 2003, p. 79). As sociedades modernas e contemporâneas, diferenciadas funcionalmente pela política, religião e o próprio direito constituem sistemas autopoieticos, cognitivamente abertos e operativamente fechados, os quais se autodescrevem e se autoreproduzem (MACHADO, 2012, p. 03).

Devido à autoreprodução, é possível afirmar que o direito está em contato diuturno com crises políticas, movimentos sociais e variações do próprio direito ó fatores que são essenciais para a evolução. Destarte, a transformação decorre também da comunicação interna do sistema jurídico (TEUBNER, 1989, p. 43).

Portanto, o direito:

[...] como qualquer outro sistema, tem de coordenar-se com outros sistemas e com o seu ambiente e essa relação produz um requisito correspondente para capacidade de resposta conceitual, somando-se o encerramento normativo do direito de uma segunda dimensão ou aspecto de abertura cognitiva [...] (KRIEKEN, 2006, p. 03).

Neste contexto, a evolução do direito ó enquanto subsistema ó ocorre devido ao distanciamento da legislação frente às situações reais. Com efeito, o direito é operativamente fechado na programação do legislador, mas aberto cognitivamente enquanto programa finalístico (ROCHA; SCHARTZ, 2010, p. 43), mas ãa evolução só se leva a cabo se tanto a diferença quanto a adaptação entre sistema e entorno se mantêm, pois, do contrário, desapareceria o objeto da evoluçãö (LUHMANN, 2003, p. 171-172).

Conclui-se que o subsistema do direito é ligado ao passado (legislação) e ao futuro (fatos reais) ao mesmo tempo, nascendo daí a necessidade de evolução, pois há uma irritação que gera desconforto ó desencadeando a incorporação de novas ideias que redundam na evolução do direito. Tal assertiva traz a certeza de que a decisão judicial diz respeito a fatos passados, mas ãde modo indireto, implícitoö, orienta o futuro dos jurisdicionados (MAXIMILIANO, 2000, p. 176).

4.2 A interpretação como forma de evolução do direito

Afirmou-se que o direito deve atentar para o passado, mas olhar para o futuro. Nesse ponto, a interpretação do direito é ponto essencial para cumprir a tarefa da evolução dos sistemas jurídicos. Com efeito, no sistema da *civil law*, o direito positivo estabelecido no enunciado normativo não encerra os problemas da sociedade, tendo em vista que as disputas, na maioria das vezes, resolvem-se com a aplicação da norma ao caso concreto, sendo que tal aplicação é levada ao Poder Judiciário, surgindo o problema da aplicação do enunciado normativo abstrato ao problema real, sendo que cada litigante apresenta sua forma de ver o texto normativo (COELHO, 2001, p. 47-51).

Ora, ãuma palavra não é um cristal, transparente e imutável, é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizadaö (HOLMES JUNIOR, 1881, p. 1). Assim, o problema também ocorre, na maioria das vezes, quando não há uma correspondência métrica entre o que foi previsto pelo legislador e o caso real, a distância entre a generalidade do enunciado normativo e a singularidade do caso concreto, ou seja, ãa antinomia entre o abstrato e o concretoö (COELHO, 2001, p. 47-51). Assim, interpretar o enunciado normativo é tarefa

necessária, pois a antiga máxima *in claris cessat interpretatio* não se sustenta, tudo se interpreta, sempre há margem de interpretação, o enunciado normativo deve ser sempre avaliado quanto à vontade e a intenção da lei (MAXIMILIANO, 2000, p. 9 e 33).

Mas, para que uma lei obrigue, de maneira realmente efetiva, ela deve ser breve e clara, ou seja, acessível a todos (VILLEY, 2009, p. 742). Nítido, então, que a lei deve conter expressões de fácil compreensão, bem como deve o enunciado normativo ser taxativo, certo e sem obscuridade. O problema da interpretação não se cinge às leis, mas a todos os enunciados normativos, inclusive constitucionais. Com efeito, os enunciados constitucionais não contém termos unívocos, ou seja, contém palavras (símbolos linguísticos) que podem ter vários sentidos (ALVES JR, 2010, p. 76).

Todo enunciado normativo, seja claro ou vago, depende de uma interpretação, pois em nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei sendo o erro, também, portanto, crer que um texto pode ser tão claro a ponto de ser impossível que suscite dúvidas quanto a sua interpretação (ROSS, 2007, p. 164-165 e 330). O texto escrito, ao ser interpretado sem dúvidas, tem sentido, alcance e extensão diversos do preconizado à época de sua edição, pois há evolução social. Assim, a hermenêutica apresenta processos que aproximam o texto normativo à realidade atual e, por isso, sempre há interpretação, não há enunciado normativo que não necessite de interpretação, pois o aplicador parte da abstração e encerra a realidade.

Quando o intérprete busca adequar o enunciado normativo aos tempos atuais, quando busca o significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação estará no caminho da interpretação evolutiva. O intérprete, ao buscar o significado atual do enunciado normativo, expande o sentido e o alcance do aludido preceito, incorporando novos instrumentos de análise e descortina novos horizontes (COELHO, 2011, p. 71).

Ao interpretar-se de forma evolutiva, quer-se dizer que o enunciado normativo terá aplicação a situações que contempladas à luz do sentido linguístico natural se encontram claramente fora de seu campo de referência. Assim se procede, estender o sentido do texto normativo, pelo fato de que houve uma formulação parcial, uma revelação incompleta, sob o argumento de que essa era a vontade do legislador, presumindo-se tal desiderato, mas é forçoso ter ele desejado o que é desejável para o próprio juiz (ROSS, 2007, p. 179-183).

Assim, a interpretação evolutiva atende aos anseios sociais mutantes, já que a atividade interpretativa pode ser considerada um prolongamento ou até mesmo uma fase do processo legislativo. A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro. A interpretação do enunciado normativo, de acordo com as transformações sociais, são fatores de atualização e regeneração da sua força normativa (COELHO, 2011, p. 41, 49-50, 61-62 e 70-71).

Destarte, o direito positivo deve evoluir para que resolva os problemas da sociedade e mais, não há um texto que seja tão claro que não demande interpretação evolutiva para resolver o caso concreto. É claro, portanto, que ao texto normativo escrito há muitos anos deve ser conferido novo sentido, alcance e extensão aproximando-o da realidade, ou seja, evoluindo diante das novas facetas da sociedade.

4.3 A jurisprudência como forma de evolução do direito

A evolução do direito ocorre por influências do entorno, ou seja, da sociedade mutante com os novos anseios e litígios. Os sistemas jurídicos influenciam o direito brasileiro, mormente pela força dos tratados e convenções de que o país é signatário. E mais, há uma tendência de se buscar institutos em sistemas vizinhos e introduzi-los, interiorizá-los para alcançar melhores resultados quanto à evolução do direito. O direito positivo deve reinventar-se pela interpretação evolutiva, já que, ao antigo texto normativo vigente, deve ser aplicado um novo sentido, alcance e extensão aproximando o texto à realidade, ou seja, evoluindo diante dos novos interesses da sociedade. Assim, a evolução perpassa pela interpretação, mas também pelo direito jurisprudencial em decorrência do efeito persuasivo e vinculante das decisões judiciais.

Neste contexto, o direito e a política permeiam a sociedade e, assim, um influencia o outro e vice-versa, fazendo com que haja uma autocriação histórica de uma sociedade. O direito moderno enfrenta a complexidade das relações diuturnas e, assim, apresenta decisões sempre diferentes. Nesse sentido, o Direito moderno, ao contrário [do jusnaturalismo], para sobreviver na sociedade indeterminada, será um Direito positivo; um Direito diferenciado e construído por decisões (ROCHA; SCHARTZ, 2010, p. 11-13). Partindo de tal premissa o direito construído por decisões é que se constata uma evolução no direito brasileiro. Com efeito, comumente se afirma que no Brasil o sistema jurídico é fundado na *civil law*, mas, diante

das novas legislações brasileiras, constata-se uma mistura de sistemas (*civil law* e *common law*) levando-se a crer na existência ou na iminência de existir um sistema híbrido⁹⁶.

É fundamental reforçar que os sistemas do direito contêm suas diferenciações em famílias. Sucintamente, pois o tema já foi analisado anteriormente. A *civil law* é um sistema romano-germânico no qual o fato marcante é a compilação e a codificação em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias (SOARES, 2000, p. 27). O ponto central, como visto, é que, a partir do século XIX, atribuiu-se, em tal sistema, o papel importante à lei e, assim, os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de códigos. O sistema da *common law* pertence à segunda família, comportando o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês, ao contrário da *civil law*, as regras existem para resolver o processo e não para serem abstratas e para o futuro (DAVID, 2002, p. 24-25). No entanto, há mais de um sentido do termo *common law*, em especial dois. O primeiro como sendo um sistema de direito escrito e esquematizado, apontando a distinção entre *common law* e *equity law*. O segundo permite aos tribunais, na sua tarefa de distribuir justiça, definir regras abstratas do direito, apresentando a distinção entre *common law* e *statute law* (SOARES, 2000, p. 14-15).

No Brasil o sistema adotado é o da *civil law*, mas há vários institutos que se amoldam às regras do sistema da *common law*, havendo a convivência dos sistemas, ou ainda, a existência de um sistema híbrido. Pode-se dizer que é possível a existência e convivência de dois sistemas jurídicos em uma sociedade, no entanto, determinar se dois sistemas jurídicos são compatíveis ou não dependerá, antes de tudo, das formas de organização social de que eles fazem parte. Contudo, um sistema jurídico só pode existir por tempo determinado, pois a esfera de existência efetiva de um sistema jurídico é mais estreita que sua esfera de aplicação (RAZ, 2012, p. 276-277).

Ainda sobre a análise da evolução do sistema brasileiro de *civil law* pela influência da *common law* é cumpre informar que as fontes dos sistemas em comento são diferentes. Na *civil law* pensa-se na Constituição como fonte suprema de qualquer imposição, seguida por leis complementares, ordinárias, medidas de urgência, regulamentos, etc., enquanto que, na *common law*, há institutos próprios, centrados na atividade produtora de judiciário de

⁹⁶ O tema foi tratado no Capítulo 2.

composição, natureza, origem, recrutamento e garantias tão estranhas a protótipos que marcam nossos hábitos conceituais (GODOY, 2004, p. 93).

Na evolução do direito, dos sistemas jurídicos, é controversa a questão da criação do direito pelo juiz, mas prevalece a doutrina de que sim, é permitido ao juiz criar normas para que se alcance resultados satisfatórios. A questão é de autorização ao órgão aplicador do Direito de criar uma nova norma para evitar resultados injustos ou iníquos. Tratando da nova norma criada, pode-se dizer que o precedente é obrigatório, pois transmuda-se em norma genericamente aplicável a todos os casos semelhantes. No entanto, só é possível assim afirmar onde os tribunais estão autorizados a aplicar o direito substantivo preexistente nas suas decisões judiciais o caráter de precedentes (KELSEN, 2005, p. 214-216).

Mas deve-se afirmar que o juiz tanto da *common law* como da *civil law* cria a norma do direito ao julgar um caso. Em ambos os sistemas, vige a ideia de se preservar a igualdade e, assim, os problemas são similares. Percebe-se, assim, que ambos os sistemas não são, no fundo, tão díspares. Ora, interpretar a lei e interpretar o precedente leva sempre à questão de distinguir os casos e aplicar a lei e o precedente aos casos idênticos, mas, em todos os casos, sempre deve-se preservar a uniformidade da jurisprudência (WAMBIER, 2012, p. 60).

Interessante notar que a teoria da autopoiese⁹⁷ pode ser encontrada em textos dogmáticos, ainda que subliminarmente, quando se afirma que o Direito regula a sua própria criação, na medida em que uma norma jurídica determina o modo em que outra norma é criada e também, até certo ponto, o conteúdo dessa norma (KELSEN, 2005, p. 181). A calhar, no mesmo sentido, afirma-se que «Las teorías del derecho que surgen en la práctica jurídica o en la docência del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones» (LUHMANN, 2003, p. 4).

No sistema de legislação codificada os juízes se sentem obrigados, em alto grau, ante as declarações da legislatura e a doutrina ideológica oficial, a aderirem ao texto legal, mas, no sistema de precedentes, o grau de obrigação dos juízes é maior quanto ao direito jurisprudencial, pois as decisões jurídicas anteriores desempenham papel importante, já que há a exigência de que os casos análogos recebem tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral (ROSS, 2000, p. 110-111).

⁹⁷ Conforme visto no Capítulo 4.1.

Diante de tal afirmação, a exigência de que os casos análogos recebem tratamento similar, ou de que cada decisão concreta seja baseada numa regra geral, notou-se há algum tempo que, no sistema brasileiro da *civil law*, mesmo não havendo obrigatoriedade para que os magistrados sigam o precedente de cortes hierarquicamente superiores, as cortes inferiores e os magistrados de primeiro grau, com maior ou menor frequência, seguem os precedentes.

Nesse sentido, o fragmento a seguir traz a seguinte reflexão:

[...] já tive alguma dificuldade em admitir, em casos dessa natureza, também a qualificadora que decorre do perigo comum. Mas o Superior Tribunal de Justiça, recentemente por ocasião das notas taquigráficas, farei juntar o precedente a que me refiro, e um precedente até do nosso Tribunal, da nossa própria Turma, entendeu por bem acolher o recurso do Ministério Público para incluir na pronúncia também a qualificadora do perigo comum, entendendo que essa atitude do réu no trânsito põe em risco a coletividade de pessoas que lá se encontravam, já que, forçosamente, ele não se teria destinado especificamente apenas àquele conjunto de vítimas, mas, com a conduta que desempenharam, poderiam ter, pelo menos em tese, se voltado contra mais pedestres e mais motoristas que por ali trafegavam ou transitavam. Então, filiando-me ao entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, mantenho na pronúncia a qualificadora do inciso III do art. 121 [...] (BRASIL, TJDFT, 2009).

E, ainda:

[...] o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.331/RS, julgado pelo regime dos recursos repetitivos previstos no art. 543-C do CPC, decidiu acerca da possibilidade de cobrança de tarifa de cadastro, desde que tenha sido contratada expressamente [...] (BRASIL, TJDFT, 2015).

Assim, verifica-se que há uma força do precedente ainda que não vinculante, levando-se a crer na ocorrência de interpenetração dos sistemas, pois o magistrado de primeiro grau está afeito à observância do precedente, pois se trata de opção cômoda e coerente (DIAS, 2004, p. 71).

Sobre a evolução do sistema brasileiro, o Poder Legislativo instituiu, paulatinamente, mecanismos de vinculação dos precedentes, como a Emenda Constitucional n.º 45/2004, que trouxe o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade⁹⁸. Outro ponto a ser lembrado é a previsão existente de que o Supremo Tribunal Federal pode editar Súmulas Vinculantes⁹⁹. Ainda a título de exemplo, a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, que regulamentou o julgamento das Ações Diretas de

⁹⁸ Art. 102 da Constituição Federal.

⁹⁹ Art. 103 da Constituição Federal.

Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade, estabeleceu o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A Lei n.º 9.704, de 17 de novembro de 1998, embora de caráter administrativo, introduziu legalmente a tese jurídica com efeito vinculante, inaugurando a obrigatoriedade ao precedente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A Lei n.º 13.015, de 21 de julho de 2014, trouxe, também, a vinculação do precedente, bem como a fixação de tese jurídica com efeito vinculante na seara da justiça trabalhista brasileira. O novo Código de Processo Civil¹⁰⁰ dispõe de vários dispositivos que estabelecem a vinculação pelos precedentes, bem como a tese jurídica firmada pelas cortes. Portanto, o sistema jurídico do Brasil tem seus fundamentos no sistema romano-germânico (*civil law*), no qual há a compilação e a codificação de textos normativos, mas constata-se também que possui institutos que revelam a incursão em outro sistema (*common law*), pois é permitido aos tribunais, pela vinculação do precedente, impor uma regra abstrata.

Há, então, uma evolução do sistema brasileiro e, nesse ponto, a *common law* pode trazer inúmeros benefícios ao sistema jurídico da família da *civil law*, pois a coerência daquele é mantida por intermédio das decisões judiciais. É de conhecimento que a alteração de posicionamento jurisprudencial não passa despercebida pela comunidade jurídica, uns aplaudindo sobre o fundamento de que é necessária ao desenvolvimento do direito, a necessária evolução, e outros reprovando sob o argumento de que o precedente deve ser mantido. Presente, assim, um conflito entre a evolução do direito e a manutenção do precedente, devendo-se encontrar critérios para que se possa afirmar quando é necessário e desejável que a jurisprudência se altere, pois, esta õdeve manter-se mais visivelmente estável, sendo mudanças em geral, malvistas e nocivas para a sociedade, e mais, õnum sistema orientado pela regra da vinculação dos precedentes, é natural que a preocupação a respeito de como e quando deva ocorrer a evolução seja aguda (WAMBIER, 2012, p. 12-13).

Sobre a evolução do direito, em especial do direito judicial, ressalta-se que:

[...] a sociedade é um organismo vivo, e, como acontece com os organismos vivos, as mudanças pelas quais passa, ocorrem lentamente. Não há alterações sociais bruscas. Portanto, já que o direito muda quando precisa adaptar-se, nada justifica que as alterações ocorram da noite para o dia, em situações de normal desenvolvimento [...] (WAMBIER, 2012, p. 15).

¹⁰⁰ Promulgado em 16/03/2015.

Assim, o direito deve servir à sociedade e não se alterar com frequência, mas com parcimônia, se adaptando lentamente até que a alteração seja reflexo dos anseios da própria sociedade. Sobre o tema, nota-se que, na maioria dos sistemas jurídicos, não há uma preocupação em estabelecer critérios para se saber em que circunstâncias a evolução ou adaptação do direito deve operar-se, tanto pela renovação da legislação quanto pela alteração jurisprudencial. No direito anglo-saxão, há uma tendência de que alguns temas sejam tratados de forma rígida, não permitindo ao juiz um campo amplo de atuação, pois é desejável abrir-se mão da flexibilidade, a favor da segurança, da previsibilidade e, de outro lado, alguns temas são deixados ao juiz decidir, pois a certeza pode ser assegurada pelo julgamento de um homem razoável, baseado em estáveis princípios jurídicos. No entanto, ao deparar-se com tal assertiva, pode-se concluir que não há critério, pois não se sabe quando a Corte deve ser conservadora e quando deve ultrapassar as teorias antigas e operar-se o *outruling*. O mesmo ocorre com a legislação, pois não há critério ou teoria alguma definindo como e quando se dará a evolução do direito legislado.

Pode-se afirmar, no entanto, que, em algumas áreas de atuação, o juiz e o legislador terão mais abertura para a alteração, pois as alterações sociais devem ser respeitadas e a evolução ocorre paulatinamente, lenta e, tanto o juiz quanto o legislador devem adaptar-se para que assimilem a evolução. Mas, em alguns temas, a alteração legislativa deve ser operada com reservas, bem como o juiz deve ter cautela redobrada, deve evitar o *outruling*, já que o ambiente decisório é mais rígido, como, por exemplo, no direito penal e no direito tributário, nos quais a certeza e a previsibilidade são acentuadas. Reconhece-se, pois, que há uma variação quanto ao modo de abordagem pelos juizes em relação a cada um dos ramos do direito, já que tal ocorre por causa das diferenças dos contextos sistêmicos e teológicos/valorativos que permeiam cada ramo (WAMBIER, 2012, p. 52-54 e 68).

A evolução manifestada de tal forma é salutar, mas não se pode tolerar a simples alteração de opinião, tanto do legislador quanto do juiz, pois são bruscas e não significam, em sentido algum, evolução do direito e inviabiliza de modo definitivo a uniformização, já que impossibilita a estabilização. O direito criado pelo precedente é oriundo de uma evolução paulatina na *civil law*, pois as alterações sociais e a globalização trouxeram outros tipos de litígios e, assim, o fato a judicialização dos conflitos se expandiu a ponto de ter transferido ao Poder Judiciário novos desafios, tais como imiscuir-se em políticas macroabrangentes. Com isso, há uma influência dos padrões internacionais que orientam os tribunais brasileiros para a realização do princípio da justiça, o que só pode ocorrer se houver o reconhecimento dos

precedentes, mormente diante da falência do legislador. Ressalta-se que tal pormenor, reconhecimento da jurisprudência e dos precedentes na evolução do direito, já é reconhecido pelas cortes europeias da tradição da *civil law*.

Sobre o papel do Poder Judiciário neste novo cenário, é clara a õsua responsabilidade na criação e na manutenção do Estado de Direito, do Estado que não oprime e que não permite a ação de instituições opressoras, do Estado que preserva a segurança, a previsibilidade e a paz (WAMBIER, 2012, p. 55-56, 73, 85-89 e 93). Portanto, é possível afirmar que há uma evolução em andamento, mormente pela aplicação de teorias jurisprudenciais e dos precedentes que implicam a vinculação das decisões judiciais, alterando, profundamente, as teorias até então aplicadas no direito brasileiro.

A título de comparação de sistemas americanos¹⁰¹, afirma-se que, nos países da *civil law*, a supremacia da lei é sempre o ponto de partida para os estudos das decisões judiciais. Mas, com o passar do tempo, descobriu-se que a rigidez da doutrina legal apresentava incoerências e defeitos frente à cultura jurídica. As sentenças, no sistema da *civil law*, apresentam como a regra geral do direito é aplicada a casos concretos e, pouco a pouco, logrou-se a tendência de uniformização da jurisprudência. Discutiu-se, ainda, no sistema da *civil law*, que o juiz aplica a lei, apresentando-a como deve ser aplicada, mas com força só ao caso julgado, do passado, sem influxos no futuro. Entretanto, a jurisprudência que se formara possuía força persuasiva. Com a evolução do direito na *civil law*, as cortes de cassação passaram a reformar decisões que fossem uma violação da lei, que interpretasse erroneamente a lei ou que a aplicasse de forma indevida, ou seja, ao se admitir a cassação de uma sentença por interpretação indevida, propiciou-se grande valor à jurisprudência, pois seria o parâmetro para afirmar que a sentença interpretou a lei de forma indevida. Passou-se, então, a reconhecer-se a constituição de uma doutrina provável, ou seja, que os juízes deveriam aplicar o entendimento já externado por três decisões uniformes da corte suprema a casos análogos (MEDINA, 2009, p. 21-25).

Nesse sentido, reconheceu-se, mas não de modo expresse, a jurisprudência como fonte formal do direito. Sobre tal assertiva, ressalta-se que: õdentro de una interpretación histórica rigurosa, consistía en permitirle a los jueces que usaran la doctrina probable como fuente formalõ. Portanto, da doutrina estritamente legal passou-se para a doutrina da probabilidade

¹⁰¹ Uma análise do direito na Colõmbia.

jurisprudencial. Entretanto, com o decorrer da evolução, ao se conceber à suprema corte o poder de dizer a correta interpretação da lei e que tal interpretação só poderia ser modificada por leis posteriores, constatou-se uma luta de primazia das fontes, qual seja: legal *versus* precedentes. Sem embargo da afirmação de que há uma verdadeira contenda sobre a primazia das fontes, há um consenso de que a jurisprudência tem seu valor persuasivo, ainda que de aplicação livre, ou seja, facultativa.

Reconhecendo sua força, a evolução do direito passou a incluir, na doutrina da lei, a doutrina da jurisprudência e, na sequência, a dos precedentes baseada em princípios e direitos constitucionais como a igualdade e a segurança jurídica. Nesse sentido pode-se apresentar uma linha histórica da evolução¹⁰², pois de 1887 a 1896, a doutrina da lei imperava, mas de 1896 a 2001 passou-se a adotar a doutrina da jurisprudência. Posteriormente, ainda na evolução do direito, a partir de 2001, a doutrina da jurisprudência foi redefinida, iniciando-se a doutrina do precedente. Houve, assim, uma constante evolução e a Suprema Corte passou por um processo de valorização do precedente a partir da cláusula de igualdade, havendo uma alteração institucional positiva com a consolidação da jurisprudência da Corte.

Assim, a Suprema Corte dá um tratamento panorâmico sobre os contornos contemporâneos da teoria dos precedentes, ou seja, na doutrina da jurisprudência provável, o juiz era livre, mas, na doutrina do precedente, a regra é absoluta, ou seja, todo caso análogo ao decidido anteriormente deve ser decidido de maneira idêntica. É certo que, como na teoria dos precedentes da *common law*, é possível afastar o precedente, o que se chamou de precedente relativo, pois o juiz da Corte Suprema deve apontar a existência dos precedentes e, na sequência, apresentar a argumentação jurídica para o novo posicionamento com fundamento de que há superioridade jurídica e moral ao posicionamento anteriormente adotado. Recapitulando, da doutrina da lei incluiu-se a doutrina da jurisprudência livre e, na sequência, a doutrina dos precedentes. No entanto, ocorreram conflitos com o Poder Legislativo que, contrário ao poder de fixar fontes pelo precedente, editaram leis em sentido contrário. A esse respeito, a Corte Suprema voltou a decidir que a violação da teoria do precedente seria violar o direito da igualdade (MEDINA, 2009, p. 25-31, 70-71, 83-85 e 102-103).

Sobre a temática em debate, traz-se a seguinte contribuição:

[...] el nacimiento de un derecho judicial en sentido estricto, sin embargo, no há sido completamente pacífico; el nacimiento de un principio de precedente en la

¹⁰² Relembre-se que está se abordando a literatura da Colômbia.

jurisdicción constitucional ha originado una reflexión jurídica y política sobre el papel de los jueces en el sistema de fuentes y sobre las implicaciones que dicho papel tiene sobre el esquema general del poder en el país [...] (MEDINA, 2009, p. 337).

Assim, o precedente decorrente do direito judicial é uma ferramenta para que o texto legal deixe de ser retórica e passe a ter força jurídica (MEDINA, 2009, p. 338).

4.4 A evolução do direito nas novas legislações brasileiras

A evolução do direito decorre da adaptação da legislação ligada ao passado para sua aplicação aos fatos futuros e, por isso, o direito evoluiu diante da irritação e influências internas e externas. O direito positivo deve evoluir para que seja conferido novo sentido, alcance e extensão aos textos para aproximá-los da realidade. Há, como visto, uma evolução em andamento diante da aplicação de teorias jurisprudenciais e dos precedentes que acarretam a vinculação das decisões judiciais. Assim, a evolução do direito ocorre em larga escala pela interpretação evolutiva do direito e, posteriormente, a evolução do sistema jurídico brasileiro ocorre com a fixação de teses jurídicas que vinculam o direito.

É importante reafirmar que os sistemas jurídicos que predominam no mundo (*civil law* e *common law*) são parte da mesma tradição ocidental, mas surgiram de culturas diferentes que resultaram em características próprias de cada sistema. Discussões sobre a função da decisão judicial são históricas, em especial se cria ou se somente declara um direito pré-existente. Na *common law* tal discussão é acirrada, pois se o juiz decide com base nos costumes, nas regras e máximas estabelecidas, ele não criava o direito, apenas declarava. De outro lado, havia os que defendiam que o juiz decidia com base em precedentes, ou seja, também só declarava o direito que outrora foi estabelecido pelo precedente firmado anteriormente. Críticas severas foram apresentadas à teoria declaratória, pois o juiz não poderia ser só a figura de declarar algo já criado, mas sim a autoridade de criar direitos, opossuía *law-making authority*. Contudo, verificou-se que o juiz se sentia mais confortável com a teoria declaratória, pois não assumiria a tarefa e responsabilidade de criar o direito, bem como a de revogar precedentes. Deve-se enfatizar-se que, seja pela teoria declaratória ou pela constitutiva, o respeito ao precedente é presente, pois na primeira respeita-se o direito declarado e, na segunda, respeita-se o direito que foi criado (MARIRONI, 2010, p. 17, 24-26, 29 e 32-33).

Nos sistemas jurídicos os pontos de comparação são diversos devendo-se ter cuidado. O direito na *civil law* é oriundo dos estudos acadêmicos que, por natural, fundamentam-se na

análise sistemática e racional. Com isso, na apresentação de princípios gerais formam-se as diretrizes que sistematizam as normas jurídicas. De outro lado, o direito da *common law* é fundado na prática judicial, do juiz, que paulatinamente foi desenvolvendo o direito, evoluindo õnas linhas de um método experimentalö, errando e acertando (ROSS, 2000, p. 116).

Ao analisar-se os sistemas da *civil law* e da *common law* no aspecto histórico, constata-se que houve uma aproximação recíproca, pois naquele impera o respeito à lei, mas há a força crescente do respeito ao precedente. Neste o precedente é fonte primária, mas há atualmente a demanda crescente ao respeito à lei. Destarte, nos dois sistemas há o respeito à lei e ao precedente, mas decorrente de culturas diversas. Mas, tanto na *common law* quanto na *civil law* o que se almeja é a segurança jurídica e a estabilidade. Ora, na *common law* há uma preocupação com a superação do precedente e na *civil law* há a preocupação quanto a interpretação dos textos normativos abertos, ou seja, partilham da preocupação de estabilidade e segurança jurídica¹⁰³ (MARIRONI, 2010, p. 99-100).

O respeito ao precedente se revela acentuado na *common law* sendo que na *civil law*, apesar de comprovado que a lei não garante decisões igualitárias e segurança jurídica, o respeito ao precedente é menor. No entanto, a conclusão inafastável é a de que õa segurança jurídica apenas pode ser garantida frisando-se a igualdade perante as decisões judiciais e, assim, estabelecendo-se o dever jurídico de respeito aos precedentesö (MARIRONI, 2010, p. 100-101). Em termos de segurança jurídica sempre se buscou, se desejou, a vinculação do juiz a um direito objetivamente determinado, mas não é possível analisar em qual sistema (*civil law* ou *common law*) o precedente desempenha maior ou menor influência na motivação judicial (ROSS, 2000, p. 116).

Verifica-se atualmente que os países da *common law* não adotam mais o direito jurisprudencial como antes (isso é raro), como o *stare decisis* com vinculação, pois o juiz da *common law* moderno não é mais o juiz criativo de antes, mas um juiz de interpretação explicativa da lei. Portanto, tanto o juiz da *civil law* quanto o juiz da *common law* laboram do texto da lei e a jurisprudência é presente nos dois sistemas. Errõnea, então, é a afirmativa de outrora no sentido de que o *stare decisis* é oriundo da ineficácia legislativa. Ora, no direito norte-americano, a título de exemplo que corrobora a assertiva, há estados com mais leis do que países que adotam o sistema jurídico da *civil law*. De outro lado, em países da *civil law*, o juiz

¹⁰³ O tema segurança jurídica é objeto de abordagem no Capítulo 6.

que antes era impedido de interpretar a lei, hoje aplica leis abertas resolvendo dúvidas e preenchendo lacunas legislativas. Destarte, sem dúvidas, o papel do juiz da *civil law*, mormente o do sistema jurídico brasileiro, se aproxima cada vez mais do papel do juiz do sistema jurídico da *common law*, pois deve respeito à lei e aos precedentes (MARIRONI, 2010, p. 17-19).

Diante dos inúmeros precedentes existentes, na *common law* há uma codificação, os *restatements*¹⁰⁴, o que já ocorre na *civil law*. Com os *restatements*, o passo seguinte na evolução é a legislação e, assim, a diferença marcante entre os sistemas vai se desintegrando e com o tempo desaparecerá. Por certo que a origem do sistema induz que os juízes estão mais (*common law*) ou menos (*civil law*) obrigados a seguir o precedente. No entanto, não há certeza de que os juízes da *common law* se sintam mais obrigados a seguir o precedente do que os juízes da *civil law* (ROSS, 2000, p. 117).

O que não se pode aceitar é a falta de respeito ao precedente òfundada na falsa suposição própria do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica, pois paulatinamente se descobriu que a lei não traz a certeza e segurança necessária ao sistema jurídico brasileiro, pois invariavelmente juízes decidem casos idênticos de forma diversa. Portanto, o sistema da *civil law*, da aplicação da lei, não pode voltar as costas ao sistema dos precedentes, próprio da *common law*, se desejar que casos iguais sejam julgados da mesma forma. Sem a força dos precedentes no sistema da *civil law* não teremos uma ordem jurídica coerente, estável, previsível e igualitária (MARIRONI, 2010, p. 19-20).

Desta forma, além das legislações que foram introduzindo paulatinamente a obrigatoriedade de respeito ao precedente, no Brasil a principal indicação de uma evolução do sistema brasileiro é o atual Código de Processo Civil^{105 106}, cuja disciplina (direito processual) é voltada para a efetividade da tutela jurisdicional com segurança. O antigo Código de Processo Civil (Código Buzaid, de 11 de janeiro de 1973) já vinha sendo modificado paulatinamente¹⁰⁷ anunciando a aproximação com o sistema da *common law*. Pode-se dizer que as reformas que ocorreram no antigo código caminharam para imprimir o estímulo das partes na cooperação

¹⁰⁴ O tema é tratado no Capítulo 5.

¹⁰⁵ Publicado em 16 de março de 2015.

¹⁰⁶ Convém salientar que, ainda que seja um código voltado ao direito processual civil, o Livro III (Dos Processos nos Tribunais e dos meios de Impugnação das Decisões Judiciais) sinaliza que é de aplicação aos processos de quaisquer matérias.

¹⁰⁷ Lei n. 8.952, de 1.994, Lei n. 10.444, de 2002 e Lei n. 11.232, de 2005 ó são as mais profundas modificações que podemos apontar.

para a resolução das demandas, bem como para que o juiz fosse mais flexível com as formalidades prestigiando a justiça do caso concreto (MARINONI; MITIDIERO, 2011, p. 95).

Depreende-se do primeiro artigo do novo código que se trata de uma codificação de normas que disciplinam a tramitação do processo civil brasileiro¹⁰⁸ estabelecendo, dentre outras prioridades, a inafastabilidade da jurisdição (art. 3º, *caput*¹⁰⁹), a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º¹¹⁰), a boa-fé das partes (art. 5º¹¹¹) e a duração razoável do processo (art. 4º¹¹²). Trata-se de um código extenso, com várias peculiaridades e inovações. Mas existem dispositivos que denotam uma alteração no sistema jurídico brasileiro, pois o novo código trouxe vários instrumentos que reafirmam a tendência da vinculação de decisões no intuito de garantir celeridade, segurança e isonomia aos litigantes. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro tem suas origens no sistema da *civil law*, ou seja, predomina como fonte primária do direito a lei, prevalecendo a codificação, mas na nova legislação processual civil fica clara a intenção do legislador privilegiar o respeito ao precedente jurisprudencial, como na *comon law*.

Do artigo 12, §2º, II¹¹³, do novo código se extrai importante instituto que corrobora a afirmação acima, pois há a possibilidade de julgamento em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos. Tal dispositivo revela que o legislador priorizou o julgamento dos casos submetidos ao Poder Judiciário com a aplicação da tese paradigma (WAMBIER, 2015, p. 89). Verifica-se ainda dispositivos que ampliam a aplicação do efeito vinculante diz respeito à concessão da tutela de evidência¹¹⁴, pois poderá ser deferida, nos termos do artigo 311, II¹¹⁵, do mencionado código, quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Aludido dispositivo dá cumprimento ao mandamento constitucional da duração razoável ao processo (art. 5º,

¹⁰⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

¹⁰⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

¹¹⁰ § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

¹¹¹ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹¹² Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

¹¹³ Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. [...] II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos.

¹¹⁴ A tutela de evidência é fundada em cognição sumária e se baseia na evidência do direito postulado e na omissão de defesa inconsistente, ou seja, pelo fato de que a defesa articulada pelo réu é inconsistente ou provavelmente o será (WAMBIER, 2015, p. 796).

¹¹⁵ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante.

LXXVIII¹¹⁶) também previsto no artigo 4^o¹¹⁷, do mesmo código. Frise-se que a razoável duração do processo além de ser um mandamento constitucional e legal é também um direito reconhecido pelo Pacto São José da Costa Rica¹¹⁸. Note-se que a tutela de evidência, corroborando a ideia de segurança jurídica e celeridade, revela a preocupação do legislador em conceder antecipadamente o direito do demandante quando fundar-se o pleito em tese jurídica.

Outro dispositivo que revela a preocupação na celeridade da prestação jurisdicional é o disposto no artigo 955, parágrafo único¹¹⁹, do *novel* código, que confere ao relator a faculdade de julgar de plano os conflitos de competência fundamentando sua decisão em tese jurídica. No caso, o relator age como um juiz preparador, permitindo maior celeridade na prestação jurisdicional, na medida em que evita que um conflito sem chance de prosperar seja processado (WAMBIER, 2015, p. 2127).

Dentre outros dispositivos, o que revela a enorme intenção legislativa de vinculação das decisões é a disposição prevista no artigo 927¹²⁰, pois é enfática ao dispor:

[...] 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 [...]

116 Artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

117 Artigo 4º, do novo Código de Processo Civil - As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

118 Artigo 7, V, do Pacto São José da Costa Rica - Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Artigo 8, I, do Pacto São José da Costa Rica - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. II. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade.

119 Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes. Parágrafo único. O relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em: I - súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; II - tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

120 Referido artigo será objeto de abordagem específica diante de divergências doutrinárias.

O Livro III, que trata dos Processos nos Tribunais e dos meios de Impugnação das Decisões Judiciais, estipula em várias passagens que o juiz deve seguir o entendimento esposado pelas cortes superiores, enunciados de súmulas e outras hipóteses de vinculação. É sabido que a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, a súmula vinculante e a resolução de demandas repetitivas já estavam previstas antes mesmo da publicação do código em comento. No entanto, surgiu nova vinculação, qual seja, a do artigo 927, V, do novo código que dispõe: "Os juízes e os tribunais observarão: [...] V a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

Assim, além das vinculações já existentes no sistema, a corte local poderá estabelecer teses jurídicas que terão caráter obrigatório aos magistrados do tribunal. Nos termos do artigo 985¹²¹, a vinculação ocorrerá na área de jurisdição do tribunal, inclusive aos juizados especiais. Em várias passagens o legislador afirma que tal tese é vinculativa. Os efeitos da tese jurídica vinculativa ficam limitadas à área territorial de jurisdição de cada tribunal. Evidentemente, quando o incidente for julgado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, atingirá todo o território nacional (WAMBIER, 2015, p. 2195).

O artigo 987, §2º¹²², da *novel* legislação confirma o afirmado acima, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que apresentam teses jurídicas vinculativas se aplicam a todos os processos individuais ou coletivos em todo território nacional. Neste sentido, ressalta-se que:

[...] a tese jurídica fixada por estes tribunais, resultado de incidente, será aplicada no território nacional a todos os processos individuais e coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito. Nos processos sobrestados, mas que ainda não foi proferida sentença, o juiz deverá julgar aplicando a tese fixada. Já nos processos já sentenciados, com decisão impugnada, o tribunal julga o recurso como prejudicado, se a decisão impugnada estiver de acordo com a tese firmada, ou devolverá os autos

¹²¹ Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação. §2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, 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.

¹²² Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. §1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. § 2º Apreciado o mérito do recurso, 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.

ao juiz para adequar sua decisão ao entendimento fixado, nos casos em que a decisão encontrar-se em desacordo [...] (WAMBIER, 2015, p. 2198).

Enfatiza-se que o magistrado deve buscar a orientação nas teses jurídicas firmadas pelos tribunais e cortes superiores, no entanto, a orientação vinculativa deve ser extraída õda *ratio decidendi* ou [d]os fundamentos determinantes do precedente que se deseja aplicarõ (WAMBIER, 2015, p. 2077).

Muito foi aventado até aqui sobre a importância da tese jurídica no novo sistema processual civil. A tese jurídica será aquela fixada pelos tribunais na análise de questões controvertidas as quais há forte dissenso doutrinário/jurisprudencial. Com efeito, trata-se de uma evolução na forma de lidar com a justiça e de nítida influência da *common law*, pois dá força normativa ao precedente em sede de fixação de tese jurídica. Pode-se falar em verdadeira evolução do direito com rompimento de paradigmas, pois deixamos um modo de fazer justiça devido à insegurança jurídica e passa-se a outro patamar, o da vinculação pela tese jurídica, o novo paradigma.

Sobre a questão posta, argumenta-se que há o progresso por meio das revoluções científicas quando o paradigma adotado não resolve mais as questões objeto de debates. No caso em comento, há no Brasil a adoção do sistema jurídico originário da *civil law*, mas, devido às suas mazelas, há uma crescente incursão no sistema jurídico da *common law*. Com isso, nascem posições divergentes ou õcampos rivais que buscam o predomínio. Quando isso ocorre, há o período de crise científica no qual busca-se descobrir uma nova abordagem para as questões problemas e, na sequência, a revolução termina com a vitória total de um dos dois campos rivaisõ (KUHN, 2011, p. 203-210).

A respeito do tema pode-se afirmar que há uma insegurança jurídica em vários campos do direito brasileiro com a adoção do sistema puro da *civil law*, pois questões idênticas são definidas judicialmente de maneiras diversas. Parafraseando Kuhn, os manuais de direito apresentam soluções que são predominantes, no entanto, surgem dissidências que criam a mencionada instabilidade jurídica. Tal variação de entendimento para casos idênticos, *mutatis mutandis*, pode ser chamada de crise e, inicia-se o processo de revolução (a evolução do direito). Parte-se de um paradigma (entendimento sobre determinada questão), surgem divergências (diferentes interpretações sobre a questão) e chega-se a um novo paradigma (novo entendimento predominante sobre a questão). Pode-se dizer, então, que a vinculação obrigatória da tese jurídica firmada pelos tribunais e pelas cortes superiores é o novo paradigma, pois existia um

entendimento sobre a questão, surgiram divergências e, por fim, como uma revolução científica, surge o novo paradigma ó a tese jurídica. Há, sem dúvidas, um rompimento de paradigmas, pois doravante, o precedente terá força vinculante que outrora só se atribuía à lei.

Ainda sobre a vinculação do precedente, ao analisarmos a *novel* legislação em comento, constata-se a preocupação na distribuição igualitária da justiça, uma evolução oriunda dos povos democráticos. Revela-se no artigo 976¹²³ da nova legislação adjetiva civil, a previsão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR¹²⁴), que tem como objetivo a tutela isonômica. Assim, fica nítida a importância que foi conferida à tese jurídica, pois ãa decisão que o tribunal profere em IRDR, como visto, não resolve a lide, mas meramente fixa a interpretação da *quaestio iuris* que compõe a *causa petendi*. Desta forma, não há que se falar em coisa julgada da questão de direito, mas sim de efeito vinculante (WAMBIER, 2015, p. 2194).

Assim, o novo Código de Processo Civil traz um avanço ao direito. Ocorre uma evolução autopoietica, já que há o direito normativo que poderá evoluir de acordo com os precedentes vinculativos e as teses jurídicas que, sem dúvidas, recebem irritações do entorno e, assim, introduzem as diferenças no sistema como fonte do direito em conjunto com o texto normativo. Portanto, há uma evolução do sistema jurídico brasileiro, pois é ligado ao passado (legislação) e ao futuro (fatos reais) ao mesmo tempo, nascendo a necessidade da evolução, pois há irritação que gera desconforto, desencadea o acoplamento que redundna na evolução do direito. Neste contexto, o novo Código de Processo Civil é fruto de uma evolução autopoietica, pois o direito normativo poderá evoluir de acordo com os precedentes vinculativos e as teses jurídicas que são produtos das irritações do entorno e, assim, acoplam as diferenças introduzindo-as como fonte do direito em conjunto com o texto normativo.

¹²³ DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. §1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. §2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono. §3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado. §4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

¹²⁴ O IRDR é: [...] o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos [...] (WAMBIER, 2015, p. 2179)

Sobre a possibilidade da introdução da teoria dos precedentes no direito brasileiro, apesar das distinções entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, confira-se:

[...] os países que pertencem à tradição do common law construíram a prática do precedente judicial vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a *ratio decidendi* de um alto tribunal ser, em princípio, obrigatória para os tribunais inferiores. A criação predominantemente judicial do direito concorreu positivamente para o estabelecimento dessa racionalidade. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado [...] (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1125).

Destarte, há um sistema brasileiro fundado em textos normativos (*civil law*) e há influência de outro sistema (*common law*). Tal constatação leva à conclusão de que há uma evolução constante do direito o que poderia se inferir que se está no caminho da miscigenação do sistema jurídico brasileiro pela influência da *common law* o que pode redundar em um sistema híbrido.

4.5 Considerações parciais

Na evolução do direito brasileiro, ainda que se adote uma teoria positivista do direito, não se pode deixar de considerar e enaltecer os ensinamentos da teoria autopoiética, pois as influências sociais e de sistemas jurídicos contemporâneos, diante da globalização e o fim das fronteiras do conhecimento, acarretam as chamadas irritações e acoplações, ou melhor, inicia-se com as dúvidas sobre a viabilidade do sistema atual, segue-se com as rupturas e, por fim, aceita-se as inovações exigidas pela atualidade. Portanto, o direito positivo, legislado, passa por uma desconfiança, se rompe e, por fim, pode-se aplicar institutos para readaptá-lo, como por exemplo, a teoria dos precedentes.

Ainda que seja clara a viabilidade do sistema legislado, atualmente se coloca em foco e em dúvida pelas variedades que a interpretação pode apresentar. Mas, é, sem dúvidas, um instrumento com regras específicas que acabam por impor a evolução do direito, pois os textos antigos se descolam da intenção do legislador e ganham vida para que se adequam aos tempos em que é aplicado, modificando-se, alterando-se o alcance e sentido. Mas a evolução por influências sociais e pela interpretação não são as únicas formas que estão presentes no sistema brasileiro. Há o direito criado pelo precedente, com força vinculante que é também uma forma de evolução do sistema brasileiro. O sistema de precedentes, no direito brasileiro, é oriundo de uma evolução paulatina na *civil law*, pois as alterações sociais e a globalização trouxeram outros tipos de litígios e, assim, é possível afirmar que há uma evolução em andamento, mormente

pela aplicação de teorias que implicam na vinculação das decisões judiciais, alterando, profundamente, as teorias até então aplicadas no direito brasileiro, pois o efeito vinculante inseriu institutos até então comuns na *common law* e distantes da *civil law*.

A inovação anunciada pelas alterações do Código de Processo Civil antigo e presentes no atual Código de Processo Civil traz a necessidade da convivência de institutos que até então se pensava impossível, ou seja, o direito criado pela lei conviver com o direito que é criado e sedimentado pelos precedentes judiciais. No entanto, a convivência dos sistemas já ocorre no direito brasileiro, pois o direito jurisprudencial sempre foi presente no sistema e mais, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004 e posteriormente com legislações infraconstitucionais finalizando com o novo Código de Processo Civil, pode-se dizer houve uma evolução no sistema brasileiro. Há, portanto, um sistema no Brasil fundado em textos normativos (*civil law*) e há influência de outro sistema (*common law*). Tal constatação indica uma evolução constante do direito o que poderia se inferir que estaremos no caminho do surgimento de um sistema jurídico híbrido.

Enfim, o direito brasileiro evoluiu com a interpretação dos textos com as regras da hermenêutica e que com o passar do tempo a influência da *common law* trouxe institutos que evoluíram a forma de aplicação do direito, pois não há como manter o direito vivo se não houver a atualização pela interpretação evolutiva, bem como não há como negar que no sistema jurídico brasileiro há o direito evoluído pelas decisões judiciais persuasivas e que, com o novo sistema introduzido pelo *novel* código adjetivo, são vinculantes pela chegada ao sistema da teoria dos precedentes, cujo respeito é obrigatório.

5 OS *REPORTS*¹²⁵ NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A análise dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, da teoria dos precedentes e a evolução do direito leva a concluir que houve uma interpenetração dos sistemas, inclusive com o surgimento dos *mixed legal systems*. No Brasil, apesar de o sistema jurídico ser oriundo da família romano-germânica (*civil law*), adotou-se, paulatinamente a teoria dos precedentes de origem anglo-saxônica (*common law*), pois houve uma evolução do juiz da óboca da lei, para o que aplica a jurisprudência persuasiva e, ao fim, para aquele que aplica os precedentes vinculantes.

A evolução do sistema jurídico perpassa o modo de como os tribunais brasileiros estão se portando para a aplicação e o respeito aos precedentes. Trata-se de uma análise interna, ou seja, como os tribunais administram e publicam os precedentes que orientam o direito. O problema de investigação é: Os tribunais brasileiros estão fomentando a aplicação da teoria dos precedentes? A hipótese pode ser a seguinte: a partir da promulgação do atual Código de Processo Civil, os tribunais brasileiros adotaram postura real de aceitação da nova teoria, pois administram, publicam e aplicam os precedentes.

Atualmente, seja que sistema for objeto da análise (*civil law* ou *common law*), é inegável o valor da jurisprudência para o desenvolvimento da justiça. É certo que o juiz decide òem espécie, fatos passados, pouco diz ao futuro. Mas, a decisão que diz respeito exclusivamente a um caso particular é, como sabido, efetiva entre os envolvidos, porém, traz um conteúdo que modula o direito para o futuro. É de conhecimento também que o conjunto de decisões aplicadas por um tribunal, relativas a casos particulares, formam a jurisprudência. Assim, apesar de o juiz decidir sobre fatos passados e não visar o futuro, òde modo indireto, implícito, orienta o futuro daqueles que estão òsujeitos à sua jurisdição (MAXIMILIANO, 2000, p. 176).

Na Idade Média, a jurisprudência passou a ter papel importante, como fonte, pois os òcolégios judiciários ò interpretavam os textos legais, declaravam seu sentido e alcance, mas também ò traçavam regras especiais para as novas necessidades da vida prática. Posteriormente, no século XVIII, a jurisprudência assumiu o papel até hoje desempenhado: o de revelar os textos. Os julgados reiterados, que formam a jurisprudência, são detentores de três funções: a de aplicar a lei; a de adaptar a lei e, por fim, a função criadora de preencher lacunas

¹²⁵ Os *Laws Reports*, na *common law*, são publicações de decisões judiciais que são citados por legisladores e por juízes para o uso como precedente em casos subsequentes (*Encyclopaedia Britannica*). Também chamados de *Restatements*. Em síntese, trata-se de uma compilação de precedentes para consulta.

da lei. Assim, o estudo da jurisprudência comprova sua participação no progresso, pois orientam o sentido das reformas legislativas, bem como é um elemento para a hermenêutica, õé esta a tradição brasileiraö (MAXIMILIANO, 2000, p. 177-179).

Nesse ponto, o crescimento da teoria dos precedentes está intimamente ligado à existência dos *Reports* que datam do século XIX. Com efeito, os Relatórios dos Casos deram início à prática da documentação de julgados, sendo que a transcrição das discussões orais que se travavam, durante o julgamento, formou um sistema no qual eram transcritos o inteiro teor do julgado, bem como as circunstâncias do caso que foram discutidas (DA SILVA; LEITE, 2015, 478-479). *Os Reports* permitiram um estudo concentrado e melhor manuseio das decisões judiciais, em especial com as coleções de *Edmund Plowden*, *James Dyer* e *Edwar Coke* (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 155).

No sistema brasileiro, como ocorre em outros sistemas, é comum que advogados, defensores, promotores de justiça e juízes, em todos os graus de jurisdição, se reportem a julgados. Há uma cultura de apresentar seus argumentos e, em conjunto, apresentar um julgado precedente, seja para reforçar o argumento ou para amparar a tese. Por vezes, é apresentado um conjunto de julgados no mesmo sentido, indicando que a causa em litígio tem um entendimento na jurisprudência. Há, assim, realmente uma necessidade de entender como os tribunais julgam e, para tanto, com o tempo, foram sendo criados os repositórios e, no presente, a tecnologia vem alterando o comportamento dos estudiosos e profissionais do direito na prática. A utilização da jurisprudência pelas bancas de advocacia é comum. Na literatura que aborda o tema, sustenta-se que a segurança jurídica e a estabilidade do sistema são alcançadas com o respeito ao precedente e que a jurisprudência seja pacífica.

A advocacia, seja na *common law* ou na *civil law*, para bem desempenhar a nobre função de tutela de direitos, deve ter conhecimento da Constituição Federal, das leis e de como os tribunais decidem sobre os fatos semelhantes ao de seu cliente. Para tanto, a jurisprudência pacificada e a vinculação do precedente lhes trazem previsibilidade, para, no contato com os clientes, apresentar as possíveis decisões que poderão ser aplicadas ao caso concreto. Assim, diante da previsibilidade que pode ser conquistada pela pacificação da jurisprudência e do respeito ao precedente, a advocacia pode aconselhar seu cliente a encarar a demanda judicial ou, quando a jurisprudência e os precedentes lhes forem desfavoráveis, aconselhá-lo a desistir da demanda e sugerir um acordo via conciliação, mediação ou até uma arbitragem, o que possibilita o fomento à desjudicialização e lides temerárias.

No mundo, diante da vasta jurisprudência, bem como diante dos inúmeros precedentes existentes, nos países da *civil law*, há uma tendência, a da compilação dos temas julgados, ou seja, está sendo implantado os *õrestatementsö*, como já ocorre na *common law* (ROSS, 2000, p. 117). No Brasil não é diferente, o Supremo Tribunal Federal possui (STF) 1029 temas em sede de repercussão geral (BRASIL, STF, Estatística, 2019) enquanto que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ostenta 1001 temas em sede de recursos repetitivos (BRASIL, STJ, Estatística, 2019). Como, então, os juristas e estudantes podem conhecer o direito que não está mais somente nas leis editadas pelo Poder Legislativo? Como é possível que os profissionais do direito tutelem direitos em juízo se o direito judicial é criado e tem sua evolução pela teoria dos precedentes? Enfim, como saber qual é o direito vigente?

A resposta é antiga. Com efeito, os *Reports* do direito inglês tiveram papel importante na propagação dos precedentes vinculantes. Os relatórios de casos também passaram por um desenvolvimento, pois, em 1535, iniciou-se a adoção de relatórios particulares articulados por advogados que, posteriormente, se converteram em publicações revisadas de relatórios de casos. Tal sistema perdurou até meados de 1865, quando os relatórios de casos passaram a ser elaborados pelo conselho jurídico ãormados por advogados e estudantes de direitoõ (DRUMOND; CROCETTI, 2010, p. 24-25). E não é só. A importância da publicação dos precedentes, além de unificar os julgados precedentes em um só corpo, facilitando o acesso ao direito judiciário, os *Reports* são um filtro para limitar o que deve ser objeto de norma obrigatória e vinculante, facilitando a análise quando já se exclui dos *Reports* o que seria uma decisão meramente persuasiva (DAVID, 2002, p. 432). Nos Estados Unidos da América, a resposta à indagação acima também foi apresentada há muito tempo. Com efeito, em 1887, foi publicado o *National Report System* com 1500 páginas de precedentes. Outra forma de se consultar os precedentes foi a criação do *The American Law Reports*, que orientava os causídicos e estudiosos com a publicação de pequena quantidade de casos especiais de precedentes (BARKER, 2014, p. 81).

Destarte, os *Reports* são de grande importância para a difusão dos precedentes, pois a reprodução das decisões contribui para o seu fortalecimento, pois os juizes já não podem mais ignorar uma decisão anterior sobre o tema que irá julgar (MARTINUZZI, 2016, p. 53). Sobre a importância dos *Reports*, justificando a pesquisa realizada, pode-se dizer que está ligada diretamente à existência da teoria dos precedentes, pois õé evidente que um sistema de precedentes só pode funcionar se as decisões judiciais são publicadas, com acesso disponível ao menos aos operadores jurídicosõ (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016, p. 87).

Para tentar resolver tal questão, o STF publicou listagem com os repositórios oficiais de jurisprudência (BRASIL, STF, Repositório, 2018)¹²⁶, bem como publica periodicamente uma Coletânea Temática de Jurisprudência de Direitos Penal e Processual Penal com a interpretação da Corte sobre a matéria¹²⁷. O mesmo ocorre com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, STJ, Repositório, 2018), reforçando a tese de que os *Reports* são importantes e que têm seu valor reconhecido no atual sistema brasileiro. Constata-se, assim, que a importância dos *Reports* vem sendo reconhecida no Brasil, como já ocorre há muito nos países de origem da *common law*.

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] em trabalho definitivo sobre a história do precedente judicial, em quatro partes, o professor Thomas Ellis Lewis (1900-1978), primeiro a receber um PhD em Direito em Cambridge (1927), e honrado de ser bibliotecário da prestigiosa Squire Law Library (1931-1968), observou que a história da doutrina do precedente judicial está intimamente ligada à história dos repositórios de direito, sendo portanto divididos em 4 períodos distintos: 1) 1290-1535 (período dos Year Books), 2) 1535-1765 (período Plowden e Coke), 3) 1765-1865 (período dos repositórios autorizados), e, 4) 1865 aos dias atuais (período moderno) [...] (GUEDES; PÁDUA, 2015, p. 4).

Atualmente os *Reports* ganharam nova importância diante da tecnologia, ou melhor, passou a ser elemento essencial para a utilização das ferramentas tecnológicas, mormente as plataformas digitais, possibilitando que especialistas, em determinada área, desempenhe suas tarefas a distância, ou seja, temos presente a cultura do trabalho especializado e não a do emprego (BRASIL, CORREIO, 2018). Mas não é só, pois as relações de emprego e trabalho estão em alteração constante devido à velocidade da informação e às novas tecnologias. Neste contexto, a utilização de inteligência artificial, tendo como base os repositórios, apresentam estudos sobre temas jurídicos prontos para o uso do jurista. Na advocacia há atualmente robôs (ROSS, 2017¹²⁸ e LUZIA, 2018¹²⁹) que realizam a análise de jurisprudência, ou seja, deparando-se com um caso concreto, antes de apresentar sua posição jurídica ao cliente, bem como na preparação da demanda ou da defesa, é solicitada uma pesquisa. Com o resultado que lhe é apresentado, há uma previsibilidade de sucesso ou não no litígio. O Poder Judiciário

¹²⁶ Inclusive regulamentou o procedimento de autorização para repositórios de outras fontes, conforme Resolução STF n. 330, de 27 de novembro de 2006.

¹²⁷ Já são três edições, sendo a última de 2017, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direito_Penal.pdf, acesso em 11-02-2019, 2017.

¹²⁸ Ross ó inteligência artificial desenvolvida para ler e compreender a linguagem, postular hipóteses quando questionado, pesquisar e gerar respostas para fundamentar conclusões.

¹²⁹ LUZIA, Doutora ó inteligência artificial de gestão e análise de processos jurídicos em massa: gera petições, faz cruzamento de dados e fornece informações e é capaz de entender processos, seu andamento e quais as possíveis soluções.

também adentrou na inovação tecnológica¹³⁰. O STF está desenvolvendo um sistema¹³¹ que identifica casos que podem ser considerados de Repercussão Geral, ou seja, fomenta a decisão paradigma (precedente vinculante) para os demais casos semelhantes. Já o STJ, que já desenvolvia a indexação da jurisprudência, passou a indexar os precedentes vinculantes e lançou projeto piloto para criar soluções de inteligência artificial¹³² e, com isso, possibilitar extração automática, no corpo do texto dos pleitos aviados pelas partes, do dispositivo que se alega violado para, assim, a partir de uma análise textual, realizar uma triagem sobre temas para julgamento em sede de Incidente de Demandas Repetitivas (BRASIL, STJ, Diário, 2018).

Portanto, os repositórios são utilizados pelos estudantes, advogados, defensores, promotores de justiça e pelo Poder Judiciário para o desempenho de suas atividades. Com o novo Código de Processo Civil, vigente desde 2015, o tema ganhou relevância, mas como repositório de precedentes. Instituiu-se, no direito positivo, na verdade, mais do que a cultura da jurisprudência, mas a cultura dos precedentes obrigatórios¹³³, determinando, o novo código, no artigo 979, §§ 1º, 2º e 3º¹³⁴, que os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre os precedentes, bem como sobre as teses jurídicas formadas. Dessa feita, a partir da promulgação do citado código, os tribunais brasileiros adotaram postura real de aceitação dos precedentes. A título de exemplo, o artigo 1029, §1º¹³⁵, do mencionado código reconhece o repositório de jurisprudência como legítimo para fundamentar o dissídio jurisprudencial em caso de Recurso Especial. O mesmo ocorre para o cabimento de Embargos de Divergência, conforme prevê o artigo 1043, §4º¹³⁶, do mesmo

¹³⁰ Podem ser citadas inicialmente o desenvolvimento de sistemas de Inteligência Artificial do CNJ, em parceria com o TJRO (Sistema Sinapse); o sistema do TJMG (Radar); o sistema do TJRN (Poti); TJPE (Elis).

¹³¹ Sistema Victor que identifica temas de repercussão geral de maior incidência na Corte.

¹³² Sistema Sócrates.

¹³³ O tema é objeto de capítulo específico no decorrer da presente pesquisa.

¹³⁴ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. §1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. §2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. §3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

¹³⁵ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] §1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

¹³⁶ Dos Embargos de Divergência Art. 1.043. É embargável o acórdão de órgão fracionário que: §4º O recorrente provará a divergência com certidão, cópia ou citação de repositório oficial ou credenciado de jurisprudência,

código. Ora, em um sistema que vigora a teoria dos precedentes, tanto os estudantes, juristas e práticos devem estudar os julgados dos tribunais superiores que são vinculantes. Note-se que não é tarefa fácil, pois, a título de exemplo, nos Estados Unidos da América, há aproximadamente quatro milhões de decisões que podem ser consideradas precedentes e tal número se incrementa em cem mil a cada ano (BARKER, 2014, p. 75).

Diante dessa nova realidade, no Brasil, após a vigência do novo Código de Processo Civil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução CNJ n.º 235, de 13 de julho de 2016, com o intuito de padronizar os procedimentos dos órgãos do Poder Judiciário no que concerne aos repositórios de Incidentes de Repercussão Geral, Assunção de Competência e Demandas Repetitivas. O intuito do CNJ se resume em gerenciar os dados oriundos dos novos institutos mencionados e, para tanto, criou um banco de dados¹³⁷ para otimizar as informações¹³⁸. A resolução em comento estipulou que todos os tribunais superiores e demais tribunais do Brasil, de todas as especialidades, tem a tarefa de organizar e gerir os incidentes de assunção de competência nos limites de suas atribuições¹³⁹. Ainda no intuito de especializar e gerenciar as informações dos incidentes em comento, a resolução em questão atribuiu ao STJ e ao Tribunal Superior do Trabalho a competência de gerenciamento dos recursos repetitivos¹⁴⁰, sendo que são responsáveis pela criação dos temas e sua divulgação. Tais atribuições também foi outorgada aos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, mas no âmbito de suas competências¹⁴¹.

O ponto central da resolução em análise, além do banco de dados criado pelo CNJ, é a determinação de que todos os tribunais do Brasil devem criar e manter, em suas estruturas, um Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (NUGEP). Assim, diante de tal determinação, realizou-se uma pesquisa exploratória¹⁴² em todas as páginas eletrônicas mantidas na rede mundial de computadores por todos os tribunais que julgam matéria penal e processual penal, apresentando um relato pontual sobre cada tribunal de como é tratado o tema "precedentes".

inclusive em mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente, ou com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, indicando a respectiva fonte, e mencionará as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados.

¹³⁷ Artigo 5º da Resolução CNJ n.º 235/2016.

¹³⁸ Em 23-05-2017, o mencionado banco contava com 2 mil temas cadastrados.

¹³⁹ Artigo 4º da Resolução CNJ n.º 235/2016

¹⁴⁰ Artigo 2º da Resolução CNJ n.º 235/2016.

¹⁴¹ Artigo 3º da Resolução CNJ n.º 235/2016.

¹⁴² Foram acessadas todas as páginas para conferência e análise de como os tribunais estão disponibilizando os precedentes nos moldes do novo Código de Processo Civil e da Resolução CNJ n.º 235, de 13 de julho de 2016.

Para tanto, divide-se o estudo iniciando pelas páginas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Nacional de Justiça. Posteriormente, analisa-se as páginas dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, para, ao fim, apresentar um relato pontual sobre cada tribunal e como é tratado o tema *precedentes* nos direitos penal e processual penal.

5.1 O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e os *Reports*

Na página principal do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF) (BRASIL, STF, 2018), de imediato encontra-se informações sobre *Temas de Repercussão Geral*¹⁴³ e sobre ações de *Controle Concentrado em Tramitação*¹⁴⁴. Em específico, ao tema *Repercussão Geral* há um gráfico apontando a evolução de julgamentos, com mérito e sem mérito. Ainda, na página principal, há um ícone sobre *informações consolidadas*. Em tal campo, abre-se uma página que dá acesso a uma *Relação completa dos temas de repercussão geral*.

Ainda, na página principal, encontra-se outra menção ao tema *Repercussão Geral*, mas com informação de que poderia ser acessado um *Banco de Teses*. Ao clicar em *Banco de Teses*, abre-se outra página com 355 acórdãos sobre o tema *Repercussão Geral*, sendo que contempla apenas os temas com mérito julgado. Ao clicar em *Controle Concentrado*, abre-se um quadro com dados estatísticos do qual se pode extrair que foram analisados 3064 pleitos desde o ano 2000 até 2017. Há também, na página principal, um ícone de *Jurisprudência*, no qual são destaques as *Súmulas*¹⁴⁵, *Súmulas Vinculantes*¹⁴⁶, *Aplicação das Súmulas no STF* e *Informativos por temas*.

Na página principal do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (BRASIL, STJ, 2018), de imediato, encontram-se informações sobre *Jurisprudência*. Ao clicar em *Jurisprudência*, abre-se uma aba com várias informações, tais como: pesquisa em *Jurisprudência do STJ* e *Pesquisa Pronta*. Há ainda o *Informativo de Jurisprudência*, a *Jurisprudência em Teses* e o *Repetitivos e IAC*. Há também, destaques para a *Revista de*

¹⁴³ No dia do acesso, 25-01-2018, a informação era a de que 359 foram julgados no mérito e 302 não tiveram mérito analisado.

¹⁴⁴ No dia do acesso, 25-01-2018, a informação era a de que existiam 245 ADPF, 2013 ADI, 26 ADC e 26 ADO.

¹⁴⁵ No dia do acesso, 25-01-2018 eram 736 publicadas.

¹⁴⁶ No dia do acesso, 25-01-2018 eram 56 publicadas.

Súmulas, a *Íntegra de Acórdãos*, as *Decisões monocráticas*, as *Súmulas Anotadas*, os *Enunciados* e o *Inteiro Teor de súmulas*.

Ao clicar-se em *Repetitivos e IAC*, abre-se outra tela disponibilizando consulta por *Pesquisa de temas repetitivos e IAC* e *Repetitivos organizados por assunto*. No primeiro, ao clicar-se, abre-se outra tela com campo para pesquisa livre. No segundo, abre-se outra tela com a disponibilidade de pesquisa *por ramo do Direito*, tais como: Direito Administrativo, Ambiental, Bancário, Civil, do Consumidor, Econômico, Empresarial, Penal, Previdenciário, Processual Civil, Processual Penal e Tributário. Clicando em Direito Penal, abre-se outra tela com a disponibilização de oito eixos com várias temáticas, o que ocorre também quando se clica em Direito Processual Penal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de suas funções constitucionais, realiza pesquisas para fomentar políticas judiciárias, ou seja, foge-se do padrão antigo de que o Poder Judiciário é inerte. Diante disso, o referido conselho realizou uma pesquisa sobre o grau de uniformização da jurisprudência e a observância dos precedentes pelos tribunais superiores e pelos tribunais de segundo grau e juízes de primeiro grau. Os dados foram coletados de novembro de 2013 a fevereiro de 2014 e, ao final, foi apresentado um relatório, em 2015.

Um dos problemas iniciais que a pesquisa realizada pelo CNJ buscou investigar é se os novos instrumentos processuais estão contribuindo para a segurança jurídica, a previsibilidade e a duração razoável do processo. Nesse ponto, a hipótese de pesquisa sinalizou que há, sim, uma melhora no Poder Judiciário no que diz respeito, com o sistema do precedente, à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões. Nas considerações parciais apresentadas no relatório final, extrai-se que o precedente é instrumento importante *para a busca da segurança jurídica, da previsibilidade, da proteção à confiança e do respeito à igualdade*. Ventilou-se também que o sistema judicial brasileiro, em relação à vinculação aos precedentes, tem semelhança à vinculabilidade existente no sistema da *common law*, já que o sistema brasileiro, com as devidas peculiaridades *se assemelha em muito ao que pretendemos implementar no civil law pela dinâmica dos precedentes vinculantes introduzidas no ordenamento brasileiro nos últimos anos* (BRASIL, CNJ, 2015, p. 13-14, 52 e 82).

Outro ponto interessante da pesquisa está no cerne principal da eficácia dos precedentes, ou seja, se o STF respeita suas próprias decisões de caráter vinculante, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação de

Descumprimento de Preceito Fundamental (BRASIL, CNJ, 2015, p. 17). Nas considerações parciais no capítulo que trata da Corte Suprema brasileira, pode-se extrair que:

[...] embora haja divergência a respeito de certas interpretações, fato normal pela natureza subjetiva da interpretação jurídica, o respeito aos próprios precedentes mostra-se de forma nítida, mesmo não existindo uma doutrina de *stare decisis* positivada em relação à jurisprudência constitucional brasileira [...] (BRASIL, CNJ, 2015, p. 81).

Segundo a pesquisa, no Brasil são adotados parâmetros nas decisões judiciais, ou seja, na prática se manifesta uma tendência, uma aceitação de padrões comuns que a sociedade entende como sendo o sentido do direito, ou seja, há uma conexão entre direito e sociedade. Constatou-se que há diretrizes adotadas pelos tribunais na aplicação de súmulas e precedentes, sejam vinculantes ou não. Há, assim, uma tendência de respeito ao precedente (BRASIL, CNJ, 2015, p. 9 e 11).

Do relatório final da pesquisa, se extrai que é necessária uma alteração do sistema dos precedentes no Brasil, razão da promulgação do Código de Processo Civil (agora vigente) que deu atenção especial ao tema. Apontou-se também que o precedente deve ser vinculante somente depois do esgotamento prévio da matéria, ou seja, após extensos debates acerca do tema. Outro ponto que se destaca na pesquisa é que a superação do precedente deve ocorrer quando for possível uma reconstrução temática e que haja razões para que se opere o *overruling* (BRASIL, CNJ, 2015, p. 138).

A pesquisa realizada pelo CNJ conclui que, em um sistema de precedentes (horizontal), é impensável que um magistrado da Suprema Corte não aplique os precedentes vinculantes de seu próprio tribunal. A conclusão se baseia no fato de que as discussões para formação do precedente se deram à exaustão e, por isso, só não pode ser aplicado em caso de *distinguishing* ou *overruling*, mas nesses casos sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento, não podendo, o magistrado, promover um entendimento particular e subjetivo para não aplicar o precedente de caráter vinculativo (BRASIL, CNJ, 2015, p. 138).

Diante do que revelou a pesquisa, em especial, quanto à importância do precedente para o CNJ, optou-se por realizar uma pesquisa sobre como o tema é tratado internamente. Com efeito, o CNJ é órgão do Poder Judiciário criado para desenvolver políticas públicas judiciárias para uma melhor prestação jurisdicional. O Conselho tem ainda a missão de atuar para melhorar a gestão dos tribunais, fiscalizando-os para propiciar transparência e eficiência. A Corregedoria Nacional de Justiça, órgão executivo do CNJ, tem o escopo de orientar, coordenar e executar a

atividade do Poder Judiciário, exercendo poder correicional disciplinar. Assim, com fundamento na Constituição Federal de 1988, tanto o CNJ, como seu órgão executivo, além de suas funções precípua, desempenham a função de orientar e o fazem, o primeiro, por meio de resoluções; e, o segundo, por meio de provimentos.

Destarte, com base no poder regulamentar, o CNJ e a Corregedoria Nacional de Justiça estabelecem regramentos normativos primários com o intuito de uniformizar o entendimento de assuntos afetos ao Poder Judiciário. Interessante notar que tais órgãos administrativos editam resoluções e provimentos com supedâneo¹⁴⁷ em precedentes do STF e do STJ, reforçando a força persuasiva e até vinculativa dos precedentes no sistema brasileiro. Para melhor ilustrar a afirmação anterior, segue estudo exemplificativo sobre as Resoluções do CNJ e sobre os Provimentos da Corregedoria Nacional de Justiça¹⁴⁸.

A Resolução CNJ n. 13/2006, que tratou da aplicação do teto remuneratório constitucional dos membros da magistratura, ao fundamentar a necessidade de regulamentação, cita como fonte uma decisão administrativa do STF¹⁴⁹. Já a Resolução CNJ n.º 35/2007 tratou do exercício do magistério por integrantes da magistratura nacional e, ao fundamentar a necessidade de regulamentação, cita como fonte uma decisão do STF¹⁵⁰. A Resolução CNJ n. 62/2009 tratou do cadastro e da estruturação do serviço de assistência judiciária voluntária e, ao fundamentar o ato, cita como fonte uma decisão do STF¹⁵¹. Na mesma linha das outras resoluções, a Resolução CNJ n. 80/2009, que declarou a vacância dos serviços notariais e de registro ocupados em desacordo com as normas constitucionais; e a Resolução CNJ n. 81/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para notários e registradores, se fundamenta em várias decisões do STF¹⁵² e do STJ¹⁵³. A Resolução CNJ n. 216/2016, que tratou da eficácia e do

¹⁴⁷ Nos ãconsiderandosõ utilizados para sustentar a pertinência e a legitimidade da resolução e do provimento.

¹⁴⁸ Até março de 2018.

¹⁴⁹ Autos n.º 319269, Ata da 1ª Sessão Administrativa de 05-02-2004.

¹⁵⁰ ADI n.º 3126/DF.

¹⁵¹ ADI n.º 1194.

¹⁵² RE 182641, 378347 e 566314; MS 27118, 27104, 27895, 27820, 27814, 27673, 27712, 27711, 27571, 27291, 27118, 27334, 27278, 27104, 27000, 26888, 26889, 26860, 27795, 27861, 27845, 26889, 27098, 27713, 27489, 27257, 27350, 27279, 26877, 26209, 27831, 27876, 27098, 27153, 26989, 26677, 26335, 25962, 27955, 27752, 26310 e 27981, Agravos de Instrumento 516427, 743906, 373519, 367969 e 394989, ADI 417-4 e 363-1, ADI/MC 4140-1, Reclamações 4799, 434, 3858, 3876, 7554, 4799, 7555, 5209, 4344, 4692, 4087, 3875, 3123 e 3954, ADF 41 e 87.

¹⁵³ RMS/STJ 28863, Ag. Reg. No RMS/STJ11121, 25487, 17855 e 24335, AgReg na Pet-STJ 4810, REsp 789940e 924774.

alcance das resoluções e determinações expedidas pelo CNJ, utiliza, como fundamento para a emissão do ato, duas ações diretas de inconstitucionalidade julgadas pelo STF¹⁵⁴.

Seguindo o método aplicado pelo CNJ de utilizar-se de precedentes como fonte para regulamentar normativamente matérias de sua competência, a Corregedoria Nacional de Justiça, ao publicar o Provimento CNJ n. 2/2009, que instituiu modelos únicos de certidão de nascimento, fundamentou-se em decisão proferida pelo STF em ação direta de inconstitucionalidade¹⁵⁵. O Provimento CNJ n. 20/2012, que tratou da participação de magistrados em mutirões, justiça itinerante e em atividades jurisdicionais e institucionais fundase, dentre outros fundamentos legais e regimentais, em uma decisão do STF em ação direta de inconstitucionalidade¹⁵⁶. Já o Provimento CNJ n. 52/2016, que trata do registro de nascimento e emissão de certidão de filhos havidos por reprodução assistida, se funda também em precedentes, quais sejam, nas decisões proferidas em sede de ação de descumprimento de preceito fundamental e de ação direta de inconstitucionalidade¹⁵⁷ pelo STF, bem como em julgamento proferido em sede de Recurso Especial¹⁵⁸ pelo STJ.

Por fim, o Provimento CNJ n. 63/2017, que dispõe sobre modelos de certidão de nascimento, registro de paternidade socioafetiva e sobre a certidão de filhos havidos por reprodução assistida se funda, entre vários elementos, nas decisões proferidas pelo STF e pelo STJ¹⁵⁹.

Destarte, os precedentes de caráter vinculativo, proferidos pelo STF e pelo STJ, são utilizados como fonte para a elaboração das resoluções e dos provimentos pelo CNJ. De outro lado, constata-se que, mesmo não havendo obrigatoriedade em seguir-se o precedente proferido pelo STJ e, em alguns casos, pelo STF, o precedente é respeitado e, inclusive, é fonte para a elaboração de regramentos com o intuito de unificar procedimentos em todo o Brasil. Se assim não fosse, os regramentos elaborados pelo conselho seriam fatalmente afastados do ordenamento jurídico diante de não espelhar o entendimento esposado pelo STF e pelo STJ.

Realizou-se, por fim, uma pesquisa na página principal do CNJ. Inicialmente depara-se com um espaço para pesquisa livre de jurisprudência administrativa do órgão. Ao lançar

¹⁵⁴ ADI n.º 3367/DF e ADI n. 4368 MC/DF.

¹⁵⁵ ADI n.º 3773/SP.

¹⁵⁶ ADI n.º 3367/DF.

¹⁵⁷ ADPF n.º 132/RJ e ADI n. 4277/DF.

¹⁵⁸ REsp n.º 1.183.378/RS.

¹⁵⁹ REsp n.º 1.183.378/RS.

qualquer objeto de pesquisa, abre-se outra página com a possibilidade de *Busca Jurisprudência* ou uma *Lista toda a Jurisprudência*. Nesta última, são listadas 4.960 julgados pelo CNJ relativos a pedido de providências, de consultas e de controle de ato administrativo. De outro lado, reforçando a ideia de que o mencionado órgão conferiu importância ao precedente administrativo, o Regimento Interno do CNJ é expresso ao dispor que cabe ao relator deferir monocraticamente pedidos que se encontram em consonância ao entendimento do CNJ ou do STF¹⁶⁰.

Na página principal do CNJ (BRASIL, CNJ, 2018), na parte inferior, há um espaço destinado a *Informações e serviços* e nele encontra-se o ícone *Pesquisas Judiciárias*. Ao clicar-se em tal ícone abre-se uma página com diversos relatórios sendo um deles *A força normativa do direito judicial*. Ao abrir o texto, disponível em formato PDF¹⁶¹, constata-se que foi realizada pesquisa sobre a aplicação prática do precedente, no direito brasileiro, que teve como objeto buscar a compreensão do Poder Judiciário sobre o precedente judicial e o direito jurisprudencial. Referido material também foi objeto de leitura durante o curso do presente trabalho.

5.2 Os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais de Justiça e os *Reports*

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) (BRASIL, TRF1, 2018) possui, na página inicial, ícones à esquerda da tela para acesso à *Jurisprudência*, *Publicações* e a uma *Biblioteca Digital*. No ícone *Gestão de Precedentes*, abre-se uma página com as seguintes possibilidades de pesquisa: *NUGEP*, *Publicações*, *Pesquisa*, *Processos Sobrestados*, *IRDR*, *IAC*. O pesquisador é remetido para a página do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, nas quais é possível realizar as pesquisas sobre *Repetitivos* e *IAC*, bem como de *Repercussão Geral*, respectivamente. Em *IRDR* há uma pequena explanação do instituto, bem como dois ícones: *IRDR em tramitação* e *Documentos de IRDR*. No primeiro é apresentada uma listagem com os processos e temas. No segundo são fornecidos dois incidentes do TRF1 e um do Superior Tribunal de Justiça. No ícone *IAC* não há arquivos para consulta.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) (BRASIL, TRF2, 2018) possibilita uma pesquisa em jurisprudência cujo ícone se encontra ao lado esquerdo da tela inicial. Ao clicar-se em tal ícone, abre-se uma tela com a possibilidade de acessar uma pesquisa avançada

¹⁶⁰ Art. 25, XII, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

¹⁶¹ Acesso em 14-02-2018, disponível em www.cnj.jus.br.

por caracteres ao se clicar em pesquisa avançada. Na tela de jurisprudência, do lado direito, há vários ícones a saber: Súmulas do TRF2, Súmulas da Turma Regional de Uniformização ó 2ª Região, Enunciados das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Enunciados das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Espírito Santo, Enunciados do FOREJEF da 2ª Região, Precedentes Obrigatórios, Infojur-Informativos de Jurisprudência do TRF2. Ao clicar-se no ícone õPrecedentes Obrigatóriosö abre-se a página do õNúcleo de Gerenciamento de Precedentes-NUGEPö. O pesquisador tem a possibilidade de consultar os õIncidentes de Resolução de Demandas Repetitivas-IRDRö, õIncidentes de Assunção de Competência-IACö, õRecursos Especiais Repetitivosö, õRecursos Extraordinários com Repercussão Geralö, õBanco Nacional de Demandas Repetitivasö e õPrecedentes Obrigatóriosö, bem como notícias sobre precedentes.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) (BRASIL, TRF3, 2018) possui, em sua página inicial, um ícone para pesquisa em jurisprudência. Ao clicar-se em tal ícone, o pesquisador é remetido para outra página onde é possível realizar pesquisa livre por caracteres. À direita de tal tela, encontra-se *banners* para pesquisa em jurisprudência de Turmas Recursais, Decisões Monocráticas, Súmulas do TRF3 e Jurisprudência Unificada do Conselho da Justiça Federal. Não há nenhuma menção sobre precedentes da Corte.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) (BRASIL, TRF4, 2018), ao lado direito de sua página principal, ostenta um *banner* para acesso a demandas repetitivas. Ao clicar-se em mencionado ícone, o pesquisador é remetido para outra página onde é possível pesquisar õIncidentes de Demandas Repetitivas-IRDRö, õRecursos Repetitivos STJö e õRepercussão Geral STFö. Nessas duas últimas, abrem-se as páginas dos respectivos tribunais. Já no primeiro, há uma listagem com três temas admitidos em IRDR.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) (BRASIL, TRF5, 2018), em sua página, ostenta o ícone õPublicaçõesö que apresenta os ícones de õBoletins de Jurisprudênciaö, õRevista de Jurisprudênciaö e õRevista da ESMAFEö. Nesses dois últimos, o pesquisador é remetido para outras páginas. Em õRevista de Jurisprudênciaö, abre-se uma página com a possibilidade de consulta em 132 revistas em arquivo PDF. Já em Revista da ESMAFE, abre-se uma listagem com ícones para 19 revistas em arquivo PDF. No primeiro ícone, õBoletins de Jurisprudênciaö, o leitor pode acessar mais de 300 revistas dos mais variados temas. Ainda, na página inicial, é possibilitada uma pesquisa em jurisprudência que apresenta outros ícones: õJurisprudência TRF 5ª Regiãoö, õArguição de Inconstitucionalidadeö, õJurisprudência Turmas

Recursais 5ª Região, Uniformização de Jurisprudência, Julgados Escolhidos e IRDRs. Nesse último, essencial para o desenlace da pesquisa, o ícone remete para uma listagem, na qual o pesquisador encontra nove temas com a descrição do pedido com anotações e o resultado (admitido ou inadmitido).

Destarte, em relação aos Tribunais Regionais Federais, três possuem revista de doutrina e julgados, dois possuem banco de súmulas, quatro possuem banco de jurisprudência e 4 possuem o núcleo de gerenciamento de precedentes (NUGEP).

No que concerne aos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal, constatou-se, inicialmente, que, dos vinte e sete Tribunais de Justiça, vinte e dois possuem revista de doutrina e julgados, vinte possuem banco de súmulas, vinte e cinco possuem banco de jurisprudência e dezoito possuem o NUGEP, divulgação de grande porte no Brasil em números, pois, além de seus próprios precedentes vinculativos, os tribunais divulgam os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

5.3 Considerações parciais

Finalizando a temática pesquisada, pode-se afirmar que houve uma alteração marcante no sistema brasileiro em relação aos *Reports*. Com efeito, demonstrou-se o valor que o sistema brasileiro tratava a jurisprudência, no entanto, com o novo sistema de precedentes, constatou-se que houve alteração expressiva no modo de como os tribunais organizam, divulgam e publicam os *Reports*.

Tanto o STF quanto o STJ publicam listagens de jurisprudência como repositório oficial, publicam os precedentes e as teses proferidas que possuem efeito vinculante, possibilitando aos profissionais do direito o uso diário na elaboração de peças processuais e teses jurídicas. O mesmo ocorre com os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, pois apresentam mecanismos de consulta na base de julgados que formam a jurisprudência e os precedentes de cada tribunal.

Constata-se que o STF está se utilizando, em grande escala, de institutos da *common law* no intuito de vincular o Poder Judiciário ao decidido pela Corte Suprema do país. Note-se que também é utilizado o sistema de súmulas vinculantes, instrumento nitidamente brasileiro. Com efeito, o STF está divulgando os institutos de Repercussão Geral e apresenta também um

banco de teses, tudo no intuito de tornar mais seguro o sistema com os efeitos vinculantes de suas decisões.

O STJ também, diante do contido no novo Código de Processo Civil, passa a adotar a teoria dos precedentes. E, ao se acessar sua página eletrônica, percebe-se que tal corte acolheu bem tal teoria. Com efeito, há vários informativos, várias possibilidades de consulta, inclusive por temas que foram decididos em incidente de demandas repetitivas que formam os precedentes vinculantes ó obrigatórios.

O CNJ se apresentou como fundamental para a aplicação na prática da teoria dos precedentes. Com efeito, ao editar a Resolução CNJ n.º 235, de 13 de julho de 2016, o Conselho criou o banco de dados e determinou que todos os tribunais do Brasil criassem e mantivessem, em suas estruturas, um NUGEP, o que surtiu efeito como se viu na pesquisa destinada aos tribunais regionais federais e de justiça do País. E mais, o CNJ, ao deparar-se com a teoria dos precedentes, procedeu pesquisa acadêmica de grande importância e, apresentou, ao final, um relatório no sentido de que, no Brasil, a busca da segurança jurídica deve ser realizada pelo instrumento do precedente vinculativo.

A pesquisa revelou ainda que os atos normativos administrativos editados pelo CNJ se utilizam de várias fontes, tais como as leis e os tratados. Mas a utilização dos precedentes do STF e do STJ como fundamento para a edição dos textos normativos é uma praxe, ou seja, confirma-se a relevância da teoria dos precedentes para a segurança jurídica e mais, demonstrou-se também que o CNJ não só fomenta a aplicação da teoria dos precedentes, mas que também a aplica.

Constatou-se que dos cinco Tribunais Regionais Federais, quatro já possuem o NUGEP e divulgam a aplicação da teoria dos precedentes, sem contar que também possuem banco de jurisprudência, divulgação de súmulas e revista de julgados, enunciados e ementários jurisprudenciais. Da mesma forma, dos vinte e sete Tribunais de Justiça, dezoito possuem o NUGEP, divulgação de grande porte no Brasil em números, pois além de seus próprios precedentes vinculativos, os tribunais divulgam os precedentes da Suprema Corte e da corte de precedentes brasileira.

Assim, como já mencionado, percebe-se que há a preocupação dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais do País em divulgar os precedentes que possuem caráter vinculativo, pois a maioria NUGEP conforme determinado pelo CNJ. Ainda a título de

corroboração de que as cortes superiores estão se adaptando à evolução, implementando o sistema de precedentes, em recente pesquisa, constatou-se que há um fluxo grande de criação de temas, de instauração de incidentes de demandas repetitivas, bem como a suspensão dos processos, cujo resultado do julgamento pelas cortes afetará o deslinde das causas (BRASIL, CNJ, 2018, p. 7).

O relatório publicado pelo CNJ indica que há muitos processos sobrestados nas cortes inferiores. Tal fato pode parecer prejudicial diante de eventual morosidade, no entanto, são de grande valia, pois o julgamento com efeito vinculante resolverá a questão de forma igualitária, trazendo previsibilidade e segurança jurídica. Há, segundo o relatório publicado, em Repercussão Geral e em Recurso Repetitivo, mais de 1 milhão de processos para cada classe (BRASIL, CNJ, Relatório, 2018, p. 23). De outro lado, o relatório publicado também aponta, como resultado positivo, que os tribunais inferiores são os que mais admitiram¹⁶² Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, uma preocupação com a previsibilidade, igualdade e segurança jurídica (BRASIL, CNJ, Notícia, 2018).

Portanto, a pesquisa revela que houve alteração no modo como se administra a divulgação do precedente, pois sempre houve divulgação de julgados, banco de súmulas e revistas, no entanto, com a teoria dos precedentes, há uma tendência de que, em sendo obrigatórios, são divulgados como se fossem leis, de respeito obrigatório.

Finalizando, no princípio apresentou-se que o problema seria se os tribunais brasileiros estão fomentando a aplicação da teoria dos precedentes. A respeito pode-se afirmar que, a partir da promulgação do novo Código de Processo Civil, os tribunais brasileiros adotaram postura real de aceitação dos precedentes, já que todas as cortes brasileiras estão fomentando sua aplicação por meio do NUGEP, da publicação dos *Reports* e mais, fomenta-se a aplicação dos precedentes com a suspensão de processos no aguardo de uma decisão paradigma do STF e do STJ com o fito de decidir-se igualitariamente casos semelhantes, propiciando, assim, a isonomia e a segurança jurídica.

¹⁶² 175 em todo o País, sendo 140 nos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, 24 nos Tribunais Regionais Trabalhistas e 11 nos Tribunais Regionais Federais.

6 A CIVIL LAW E A SEGURANÇA JURÍDICA NO BRASIL

A segurança jurídica, no sistema jurídico brasileiro, é, por vezes, apresentada de forma singela, no entanto, é tema de debates com grande profundidade nos sistemas jurídicos. Com efeito, òvivemos tempos de insegurança. No entanto, a segurança continua sendo não apenas um objetivo, mas uma necessidade cada vez mais intensa dos homens deste como de todos os séculosö (ROCHA, 2009. p. 9).

A título de exemplo, sobre a importância do tema segurança jurídica e seus reflexos em um aspecto geral, a Confederação Nacional da Indústria¹⁶³ aponta como motivo para a baixa competitividade brasileira¹⁶⁴ a falta de segurança jurídica, mormente diante das õmudanças de interpretaçãoö e da õimprevisibilidade na interpretação das leisö (CNI, 2018, p. 13). Ainda a título de ilustração quanto à importância do tema segurança jurídica, recentemente a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro foi alterada com a inclusão de um mandamento ímpar¹⁶⁵: de que todos os poderes públicos devem atuar pautados no incremento da segurança jurídica na aplicação das normas.

Assim, a insegurança jurídica é danosa ao Brasil e não atinge somente a credibilidade do sistema jurídico, mas a liberdade do cidadão quando não se sabe o teor exato do direito, já que a indeterminação e a alteração jurisprudencial irradiam seus efeitos à liberdade de autodeterminação do cidadão (ÁVILA, 2012, p. 89).

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] para que se possa confiar no direito, é preciso conhecê-lo; desse modo o conhecimento do direito é um pressuposto para que ele seja estável; porém, um direito que muda com frequência e, por isso, é instável, dificilmente pode ser bem conhecido; assim, a estabilidade do direito é uma condição para que ele seja cognoscível. Dessa forma, o conhecimento do direito é pressuposto da sua estabilidade, mas a sua estabilidade também é condição para o seu conhecimento [...] (ÁVILA, 2012, p. 90).

O problema de insegurança jurídica, então, é danoso em um aspecto geral, mas, nos direitos penal e processual penal, é mais acentuado, pois mencionada área do direito tutela um

¹⁶³ Conferência entre a Confederação Nacional da Indústria-CNI e o Supremo Tribunal Federal-STF ocorrida em Brasília no dia 18-12-2018.

¹⁶⁴ Em pesquisa realizada entre 18 países, o Brasil ocupa a 17ª posição competitiva (2017-2018).

¹⁶⁵ Decreto-Lei n.º 4.657/42 alterado pela Lei n.º 13.655/2018 ó Artigo 30 ó As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.õ

dos bens mais importantes do ser humano: a sua liberdade de locomoção. Como visto, aponta-se como motivo da insegurança jurídica a existência de leis que apresentam enunciados normativos duvidosos que levam a um número elevado de possíveis interpretações.

Sobre o Poder Judiciário, sustenta-se que existe uma crise, em especial na credibilidade, devido a não propiciar a segurança jurídica para as relações sociais. E não seria nova, já que ela é notada desde a caracterização de um Estado Liberal e perpassa também pela natureza intervencionista no período Estado-providência. De outro lado, notou-se, na década de 1970, um aumento devido à falta de funcionamento dos serviços estatais e o crescente neoliberalismo que privilegiou o capital, redundando na crise do Poder Judiciário em relação à sua legitimidade, independência e produtividade. Tal estado de crise afasta a segurança jurídica na medida em que o direito aplicado deveria propiciar a paz, encerrar os conflitos, ou seja, levar certeza ao corpo social. Sob tal aspecto, historicamente pretendeu-se aplicar a lei pura para trazer um critério decisório seguro, mas, posteriormente, diante das diversas formas de aplicar o texto legal, cresceu o interesse pela jurisprudência para propiciar mais segurança jurídica, pois a ênfase na prática tinha a função de estabilizar as decisões numa tentativa de conferir estabilidade decisória e segurança jurídica (FREITAS FILHO, 2003, p. 49-50, 96 e 103).

Importante ressaltar que a segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado e do Direito, tanto é que foi prevista expressamente na Constituição da França já em 1793. O tema é de extrema relevância nos sistemas jurídicos e, no Brasil, não foi diferente, pois a Constituição Federal¹⁶⁶ elevou a segurança jurídica ao nível de direito fundamental, inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que se trata realmente de um direito fundamental¹⁶⁷ (NOGUEIRA, 2013, p. 30). No entanto, como visto, tal fundamento está em crise, pois há uma vertente pragmática que influencia a interpretação do direito. Ora, as expectativas de direito são descartadas rapidamente de acordo com as alterações jurídicas, econômicas, tecnológicas e políticas (BARROSO, 2009, p. 139 e 144). Sustenta-se a propósito que o período de crise não é de todo ruim, pois se espera que o Poder Judiciário se apresente e altere o seu perfil, já que é forçado à mudança, na medida em que pontualmente os seus órgãos componentes proferem decisões que aplicam o direito de forma diversa do padrão vigente (FREITAS FILHO, 2003, p. 110).

¹⁶⁶ Artigo 5º, XXXVI a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁶⁷ STF, ADI n.º 3685.

A análise sobre o tema deve ser realizada sob ponto de vista diverso, de acordo com os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*). Neste contexto, na *civil law*, a segurança jurídica e a previsibilidade do direito são decorrentes da lei, enquanto que, na *common law*, tais predicados são fundados na observância dos precedentes (HASELOF, 2018, p. 55).

Neste sentido, constata-se que:

[...] para o *civil law*, a lei, no seu comando abstrato e genérico a todos aplicável, assegura igualdade de tratamento. O *common law*, por sua vez, admite que a igualdade não pode ser obtida na previsão abstrata da lei, mas apenas na concretização dos seus comandos a partir de sua aplicação ao caso concreto e suas peculiaridades, pois é exatamente a aplicação discrepante da lei diante do mesmo caso que elimina o tratamento igualitário e impede a materialização de previsões universais, como a igualdade de todos perante a lei e a realização da isonomia no seu aspecto material [...] (HASELOF, 2018, p. 55).

Verifica-se, portanto, que a segurança jurídica é de suma importância para os dois sistemas, sendo de grande relevância para o presente estudo. Ao analisar a literatura sobre a temática, desponta, por ser completa e esclarecedora, a obra de Humberto Ávila¹⁶⁸, podendo atualmente ser considerada um marco teórico a seguir, razão pela qual é necessário adentrar a fundo ao que é exposto pelo mencionado autor.

Assim, surge a inquietação em relação aos tipos penais abertos, ou seja, causam insegurança jurídica, ainda que se utilizando dos métodos hermenêuticos? Pretende-se analisar que, no sistema jurídico da *civil law*, a insegurança jurídica ocorre devido aos textos normativos propiciarem uma gama enorme de interpretações possíveis, bem como pela alteração constante do entendimento jurisprudencial, o que acaba por não dar ao cidadão e aos intérpretes a previsibilidade necessária ao sistema jurídico. Para responder a inquietação apontada, pode-se afirmar que, no sistema brasileiro da *civil law*, a interpretação dos enunciados normativos abertos, que possibilitam várias vertentes de resultados possíveis, pode ser superada pela adoção da teoria dos precedentes, já que pode reduzir a insegurança jurídica, pois possibilita previsibilidade ao sistema jurídico.

Para tanto, inicialmente, trata-se a questão da definição da segurança jurídica. Após analisa-se aspectos da segurança jurídica e suas nuances no sistema e, posteriormente, diante de um recorte metodológico necessário para o presente estudo, analisa-se a estrutura do direito penal e sua interpretação. Ao final apresenta-se considerações parciais sobre a temática posta

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 2012.

no sentido de que a alteração no modo de agir do Poder Judiciário pode ser contemplada, atualmente, na teoria dos precedentes, pois pode ser um instrumento hábil para afastar a crise que se apoderou do sistema jurídico brasileiro pertinente à segurança jurídica.

6.1 Segurança jurídica e a certeza do direito

A segurança jurídica e a certeza do direito, em um sistema jurídico, são de suma importância e consistem no fato de que, no direito, a elaboração de regras tem seu maior fundamento na urgência de garantir segurança na vida do cidadão e, assim, pode-se afirmar que a ideia de direito tem como valor universalmente válido, a justiça e a segurança (SILVA, 2009, p. 15). Diante disso, afirma-se que o direito e segurança jurídica andam juntos no sentido de que sem direito não há segurança (ROCHA, 2009, p. 168).

Definir segurança jurídica não é tarefa fácil. Primeiro pela polissemia do termo e, segundo, pela pluralidade de sentidos que lhe pode ser atribuída. Antes de mais nada, deve-se separar-se os termos: segurança e jurídica. A primeira, por si só, pode ser definida como o sentimento que o ser humano possui quando não tem medo ou perigo. A segunda, jurídica, é uma questão mais complexa, pois é utilizada em vários sentidos (ÁVILA, 2012, p. 105).

O ser humano se sente seguro quando não está sofrendo ameaças, ou seja, quando está protegido da violência, da dor e de eventuais crimes que podem ser praticados. O cidadão busca sempre o estado de tranquilidade, não deseja medo ou ansiedade, deseja um estado de liberdade assegurada, interna e externa. É como se dizia antigamente, o *animus tranquillitas*, que decorre da ausência de preocupações, ou seja, subjetivamente há o sentido de confiança e objetivamente há a garantia de estar protegido. Portanto, em síntese, segurança para o ser humano é estar sem medo, tranquilo e confiante de que se está protegido de ameaças.

Tal segurança é a não jurídica, pois a segurança jurídica não é simplesmente a tranquilidade psicológica individual. É a segurança jurídica um fenômeno valorativo subjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento. Então, a segurança jurídica é algo mais do que segurança pessoal e psicológica do indivíduo. No entanto, a segurança jurídica, apesar de se lançar uma pequena definição, é algo que possui vários sentidos que merecem destaque. Com efeito, a segurança jurídica pode ser um elemento definitório, pois é condição essencial para qualquer ordenamento jurídico, é a base de sua estrutura. Ora, não se pode

imaginar um sistema jurídico que não afaste a arbitrariedade e que não garanta a igualdade e o mínimo de segurança jurídica. Enfim, segurança jurídica sob tal ponto de vista, é uma ideia de *ö* sobreconceito, não uma norma (ÁVILA, 2012, p. 107-110, 112-113).

Mas a segurança jurídica também pode ser considerada como um fato. Trata-se da análise da segurança jurídica no caso concreto, aquele passível de constatação. Se aborda a concepção de comportamento ideal a ser adotado. É algo que se percebe no plano da realidade e, também o oposto, percebe-se quando não há. A respeito do tema, pode-se afirmar que a segurança jurídica no Brasil é frágil, pois as cortes julgadoras *ö* não confirmam as previsões feitas para a maior parte de suas decisões. Assim, no plano da realidade, há segurança jurídica quando é possível prever, antever, em concreto, que consequências advirão de fatos ou ações. A segurança jurídica pode também ser considerada um valor, pois é algo que se busca, algo *ö* que se julga bom existir. A existência de previsibilidade é um valor essencial na vida humana, é inerente na vida humana, ou seja, é da essência da concepção do ideal de justiça.

Ainda na análise da segurança jurídica, pode-se afirmar ser uma norma-princípio. Como princípio, a segurança jurídica deve ser algo que se busca mediante ações que desencadeiem efeitos para sua consecução. Como norma, a segurança jurídica deve ser algo prescrito, em uma concepção juspositivista, ou seja, aquela que se realiza nos enunciados normativos do direito posto. Não se olvida que há entendimento de que a segurança jurídica se realiza da *ö* reconstrução de sentidos normativos por meio de estruturas argumentativas e hermenêuticas.

Após a análise supra, pode-se afirmar que a segurança jurídica possui vários aspectos que não se confundem, pois como fato, traz previsibilidade e, como valor, é axiológica, ou melhor, de aprovação ou não. No que diz respeito à segurança jurídica como norma, a prescrição estabelece comportamentos que, por consequência, asseguram a realização das situações fáticas, ou seja, há uma correlação entre os aspectos da segurança jurídica. Com efeito, *ö* a segurança jurídica como norma também representa uma valoração legislativa positiva, consubstanciando, assim, um valor (ÁVILA, 2012, p. 114-117).

Portanto, a segurança jurídica como princípio e como norma está diretamente coligada à segurança jurídica de fato, pois deve realizar-se na prática efetiva. Ora, a segurança jurídica como princípio é necessária para que os poderes legislativo, executivo e judiciário tenham a diretriz de atuação na busca da confiabilidade e estabilidade do ordenamento jurídico. A segurança jurídica como norma também é essencial pelo fato de que descreve o que é proibido

ou não, trazendo segurança para a prática efetiva. No entanto, a segurança jurídica deve ser tratada como uma norma princípio, pois é o fim precípua do Direito e deve ser analisado sob o escotejo de uma norma (princípio da segurança jurídica) com outra norma (norma legal, administrativa ou jurídica), ou seja, se a norma inferior (lei) está em consonância com o princípio da segurança jurídica (constitucional) (ÁVILA, 2012, p. 117-118 e 121-126).

Tem, assim, a segurança jurídica o objetivo de configurar o direito, bem como o instrumento para torná-la realidade, fazendo-se, assim, também um princípio instrumental. Diante da complexidade e das várias acepções do conceito de segurança jurídica, traz-se o seguinte pensamento:

[...] em suma, é preciso estruturar o princípio da segurança jurídica por meio de um processo analítico capaz de progressivamente reduzir suas ambiguidades, especialmente por meio da indicação das suas dimensões, de seus aspectos e de seus elementos [...] (ÁVILA, 2012, p. 126-127).

A segurança jurídica pode ainda comportar um aspecto material sob a ótica de uma perspectiva estática e atemporal. Com efeito, a segurança jurídica é para o cidadão a capacidade de entender o conteúdo das normas. Isso gera determinação e certeza do direito que se traduz no princípio da legalidade ou da tipicidade. No entanto, diante da reconstrução das normas pelos processos argumentativos, pode-se dizer que há para o cidadão uma determinabilidade quanto ao conteúdo das mencionadas normas, ou seja, a segurança jurídica é algo a ser progressivamente atingido.

O conhecimento da norma pelo cidadão deve ser entendido como uma compreensão material ou formal dos conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas. Mas a segurança jurídica pode também comportar a ótica dinâmica e intertemporal, subentendendo-se como a busca da imutabilidade das normas, ou seja, a estabilidade. No entanto, ao se falar de imutabilidade, compreende-se também a busca da estabilidade da mudança, ou seja, a proteção de direitos e o estabelecimento de regras de transição (ÁVILA, 2012, p. 129-130).

Em resumo, busca-se um sistema confiável, ou seja, um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis. Não está se afirmando que o direito seguro é o imutável. Quer-se um sistema com regras seguras no decorrer do progresso, pois é natural e inevitável que se desenvolva de acordo com as alterações sociais. A estabilidade e a

racionalidade, nas alterações do ordenamento jurídico, o tornam seguro, mas o direito deve ser confiável e não ser alterado frequentemente de forma brusca e drástica.

A segurança jurídica analisada sob a ótica da previsibilidade e calculabilidade diz respeito a antecipar-se ao futuro. O cidadão necessita de segurança ao conhecer o direito para prever qual será a decisão futura sobre suas ações e relações para com os outros concidadãos. É, em outras palavras, garantir ao cidadão, hoje, como o ato que praticará será analisado no futuro, antecipando as consequências jurídicas de suas condutas. Com isso, poderá calcular, prever, antecipar qual será a medida da intervenção estatal sobre a conduta e os atos que pratica.

A segurança jurídica pode ser analisada ainda sob a ótica do resultado da ideia do direito. Sob tal concepção, a primeira afirmação que se faz é que o direito tem como ideia central a justiça. No entanto, não se pode afastar que a segurança jurídica está no centro da concepção do direito. Trata-se, na perspectiva valorativa, de um conjunto que inspira o ordenamento jurídico, composto por: justiça, paz social e segurança jurídica. Ora, no ordenamento jurídico, a segurança jurídica é a vertente que reduz a complexidade do sistema quando garante expectativas a todo cidadão. Em tal análise se vai além, pois não se pode falar em ordenamento jurídico quando não se tem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade.

Pode-se também analisar a segurança jurídica como produto do direito positivo, pois, como já foi visto, há várias acepções, inclusive a principiológica. No entanto, quando positivada, ela possui contornos que reduzem as incertezas. Note-se que a segurança jurídica, como ideia do direito, não afasta a possibilidade da perspectiva normativa, pois há sistemas em que não há regramento, mas é um princípio; e, de outro lado, há sistemas que há o regramento, mas que, mesmo assim, possui elevada importância sistêmica (ÁVILA, 2012, p. 130-134).

Após a análise acima, é interessante o sentido que se pode aferir ao termo *jurídica* quando se aborda a temática de segurança jurídica. Com efeito, a segurança jurídica pode ser entendida como segurança do direito, ou seja, direito seguro como procedimento objetivo, impessoal e uniforme. O direito deve ser seguro no que diz respeito ao ordenamento jurídico, ou seja, em sua perspectiva estática. Mas também deve ser o direito aplicado como segurança, ou melhor, no aspecto dinâmico, o direito é seguro no processo de aplicação. Note-se que a insegurança jurídica é afastada pelos instrumentos jurídicos, ou seja, o direito é a causa e a solução da segurança jurídica, pois o princípio da segurança jurídica serve para proteger o cidadão contra um perigo que vem do próprio direito. De outro lado, quando se fala em

segurança jurídica, pode-se entender como sendo um direito subjetivo, pois em sendo uma norma jurídica há a obrigação do Estado e de todos em propiciar a mencionada segurança. Há, assim, um legítimo direito à segurança jurídica, pois pode-se exigi-la quando não realizada pelo Estado (ÁVILA, 2012, p. 134-138, 139).

Resta ainda analisar qual é o objeto da segurança jurídica. Inicialmente pode-se vinculá-la à segurança normativa, pois o cidadão possui segurança jurídica quando conhece os eventuais efeitos jurídicos que sua conduta irá desencadear, ou seja, a segurança jurídica propicia confiabilidade e calculabilidade. Pode-se ainda falar em segurança do ordenamento jurídico, pois a segurança jurídica não diz respeito somente a uma norma, mas a todo o sistema. Ora o ordenamento jurídico, considerado globalmente, deve ser estável, não podendo ser objeto de abruptas rupturas. Deve ser considerado objetivamente seguro de acordo com critérios de racionalidade; e, de outro lado, subjetivamente o direito deve ser intangível, não podendo ser imprevisível.

Ainda sobre o objeto da segurança jurídica, pode-se falar em aplicação da norma que diz respeito ao emprego de estruturas claras e objetivas de raciocínio. A aplicação segura de uma norma, não arbitrária, depende da coerência material e formal, ou seja, que a aplicação siga critérios racionais de argumentação e respeite elementos processuais inerentes à segurança jurídica, tais como ampla defesa e contraditório. Também é possível analisar a segurança jurídica pela doutrina, ou seja, pelo ponto de vista em que ela é tratada, uma vez que a concepção de como o direito é considerado, reconstruído e explicado, percebe-se a segurança jurídica como ciência do direito.

A segurança jurídica deve ser analisada também sob o aspecto temporal, pois deve garantir estabilidade e previsibilidade aos fatos passados, presentes e futuros, trata-se da característica de intangibilidade. Com efeito, a Corte Suprema de um país ou um magistrado de primeiro grau ao declarem o primeiro em análise concentrada e o segundo em controle difuso o a inconstitucionalidade de uma norma, afetam as relações jurídicas que implicam consequências ao passado, presente e futuro, mas, em respeito ao princípio da segurança jurídica, podem modular os efeitos diante da aparência de legalidade dos atos do poder legislativo e executivo (ÁVILA, 2012, p. 144-152 e 167).

A modulação dos efeitos resolve o problema de insegurança jurídica em relação ao passado, mas, em relação ao presente, a declaração de inconstitucionalidade pode gerar uma

insegurança, pois no executivo a autoridade administrativa pode ficar em dúvida a respeito de sua competência para a prática dos atos que, antes da declaração, eram concebidos com aparência de legitimidade. Já em relação ao futuro, a decisão pode também gerar insegurança, pois o ato que regrava relações jurídicas não existe mais e não se sabe como serão tratadas doravante as aludidas relações.

Para resolver tal problema, insegurança no passado, presente e futuro, em uma perspectiva do direito, deve-se analisar a questão sob uma ótica unitária, pois a confiança envolve tanto o passado quanto o presente e o futuro: o fato da confiança, situado no passado; a confiança que persiste no presente; a confiança que se projeta no futuro. Ainda em relação ao aspecto temporal, pode-se afirmar que, no presente, o aspecto mais importante é a capacidade do cidadão em compreender as normas e, assim, se portar de acordo com a aludida compreensão. Já a segurança jurídica do amanhã, ou seja, do futuro, passa pela manutenção dos efeitos gerais e individuais das normas em vigência no ordenamento jurídico. Trata-se de ponto de vista importante no estudo da segurança jurídica, pois a efetividade do direito se perde quando o cidadão não possui confiabilidade, calculabilidade e previsibilidade. Com efeito, o cidadão não sabe pelo que esperar, não consegue prever; e se não consegue prever, não consegue orientar-se pelo Direito.

Sob outro aspecto, a segurança jurídica também pode ser tratada como certeza. A previsibilidade é essencial para a segurança jurídica, pois o cidadão antevê as possíveis consequências que advirão de suas relações jurídicas. A par disso, o tema está ligado diretamente à certeza jurídica do ordenamento jurídico. A certeza, assim, é a previsibilidade do cidadão diante do conteúdo da norma, ou seja, a possibilidade de prever as consequências que serão atribuídas aos seus atos. Do ponto de vista do conteúdo normativo, a certeza jurídica é um objeto dado, ou seja, independe da subjetividade, pois, no direito penal, são aplicados os princípios da legalidade, da tipicidade e da taxatividade. No entanto, tal aspecto deve ser analisado sob o ponto de vista semântico, pois, a cada norma, há uma alternativa interpretativa ou até mesmo um sentido normativo. E mais, há duas realidades distintas: a norma e a norma decisão (ÁVILA, 2012, p. 168-174).

Se assim for, uma realidade dual (norma e norma decisão), há então uma relatividade, pois trata-se de apenas uma possibilidade de previsibilidade. Isso ocorre pelo fato de que, em sendo uma análise também do ponto de vista semântico, há um alto grau de determinação, mas há também a sujeição à estrutura procedimental e argumentativa. É certo que o processo

argumentativo é controlável, pois a racionalidade impede a arbitrariedade. Portanto, ainda que haja uma indeterminação semântica, a certeza jurídica como previsibilidade decorre do processo argumentativo racional, que garante ao cidadão aferição antecipada. É certo que, ao se aceitar o direito como uma prática argumentativa, se induz também aceitar que a norma não envolve apenas um sentido, o que pode gerar insegurança jurídica. No entanto, tal afirmação não afasta a busca da previsibilidade e confiabilidade no ordenamento jurídico. O âmbito que o processo argumentativo gravita é contido pelas regras hermenêuticas que, por certo, reduzem as alternativas de sentidos da norma. Mas não é só isso, além dos processos hermenêuticos aliados com a racionalidade, o âmbito do processo argumentativo também é limitado pela doutrina e pela jurisprudência.

Desse modo, pode-se medir a segurança jurídica sob o aspecto fático e normativo. O primeiro é obtido pela previsibilidade, ou seja, quanto mais previsões forem confirmadas, no mundo fático, mais seguro é o direito. Já o segundo é obtido pelo atendimento das condições abstratas previstas no ordenamento jurídico, ou melhor, se a previsibilidade é extraída do texto normativo, quanto mais ela se confirmar, mais seguro é o direito. O sistema será pouco seguro quando uma norma não for muito clara, pois gera pouca previsibilidade, bem como torna o sistema jurídico instável, ou seja, induz insegurança ao direito. Mas será muito inseguro quando a ausência de previsibilidade for em alto grau, pois gera alto grau de instabilidade e elevado nível de indeterminação da norma e, por consequência, alto grau de insegurança jurídica.

A segurança jurídica também pode ser analisada como um valor, funcional ou instrumental. O primeiro é a segurança jurídica como um valor em si, pois é desejável em todo o ordenamento jurídico. O segundo ocorre pelo fato de que, havendo segurança jurídica, se evita injustiças, já que traz vantagens advindas da previsibilidade, como, por exemplo, a adoção de condutas para evitar práticas injustas. Um sistema que assegura direitos individuais como a liberdade é seguro, ou seja, possui um instrumento subjetivo para a proteção de direitos, e garante a segurança jurídica, a qual é um instrumento de realização de valores, tais como a já mencionada liberdade, igualdade e dignidade (ÁVILA, 2012, p. 175-186).

Portanto, há liberdade quando é possível prever consequências e, assim, agir com calculabilidade e planejamento do futuro. Há igualdade se houver uniformidade e isonomia na aplicação da norma. Há dignidade quando houver garantia, ou seja, o cidadão ter segurança de auto definir-se pelo respeito ao passado, presente e futuro. Pode-se ainda afirmar que a segurança jurídica é um conjunto de fatores, pois existe através da previsibilidade advinda da

norma, a qual induz comportamentos fáticos, ou seja, a segurança jurídica é uma norma jurídica que determina a adoção de comportamentos.

A segurança jurídica, sob o ponto de vista subjetivo, é diversa de um indivíduo para outro, ou seja, é um dado pessoal e, assim, pode ocorrer obviedade para uns e inexistir para outros. Segurança jurídica para um cidadão é ter clareza objetiva, perspectiva de que terá segurança jurídica advinda da clareza da norma, como, por exemplo, ter a garantia do respeito ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e o respeito à coisa julgada. Assim, do ponto de vista do cidadão comum, a segurança jurídica é ter capacidade de compreender, ou seja, de conhecer e prever as consequências advindas da norma sem exercício de ginástica intelectual. Em tal abordagem, a segurança jurídica para o cidadão é aquela de dimensão coletiva, com o intuito de preservar o ordenamento jurídico. Já para os técnicos do direito, ou como dizem, os operadores do direito, a segurança jurídica é aquela compreendida pelos especialistas da matéria, ou seja, compreender e antever o efeito com a utilização dos termos técnicos. De outro lado, a segurança jurídica para o Estado é essencial para o seu funcionamento, pois deve haver confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico geral, ou seja, a função da certeza do direito.

No que diz respeito ao Estado, frisa-se as funções dos três poderes na segurança jurídica, a qual é extremamente importante, dentro das tarefas precípua de cada poder, ainda que diversas as funções. O Poder Legislativo é quem, em sua função primordial, edita as normas e, assim, pode-se dizer que orienta o futuro, construindo um novo direito. As normas editadas devem ser abstratas e gerais, pois dirigidas a um número indeterminado de cidadãos e questões. As normas editadas deveriam propiciar tratamento uniforme, entretanto, a indeterminação decorrente do texto abstrato e, por vezes, complexo, causa falta de confiança e, por conseguinte, insegurança jurídica. Para o Poder Executivo, em sua função primária, a segurança jurídica reside em exercer o poder de aplicar, de executar a norma editada. No entanto, seja pelo não cumprimento da norma legislativa ou pela edição de atos administrativos, o Executivo gera instabilidade, causando falta de confiabilidade, gerando, assim, a insegurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 159-165 e 186-188). No que diz respeito ao Poder Judiciário, há uma necessidade de uniformidade na interpretação das leis, pois tal questão é apresentada como solução para o problema da segurança jurídica (MADISON, 1993, p. 488).

Com efeito, o tratamento uniforme se traduz em igualdade que, desde os tempos dos romanos, é um princípio fundamental da vida em sociedade. O fim prático da justiça é

estabelecer a igualdade. Ao legislador, como visto, é incumbida a tarefa de estabelecer a igualdade interna e, ao judiciário, a igualdade externa. Assim, pela lei o legislador executa sua tarefa criando a igualdade no direito positivo. No entanto, por vezes, o legislador deixa ao judiciário o dever de realizar a igualdade interna, ou seja, executará tanto a primeira quanto a segunda tarefa de trazer à sociedade a justiça da igualdade ao proferir sua decisão (JHERING, 1963, p. 248-250).

A igualdade traz segurança jurídica e, onde faltar a garantia objetiva do direito, faltarão o sentido subjetivo da segurança, ou seja, o homem do direito tem sua fé na divindade, o homem do direito tem uma fé inabalável no direito (JHERING, 1963, p. 259). Sob tal ângulo de abordagem, é importante afirmar que o Brasil e países da América Latina que adotam o sistema jurídico da *civil law* estão passando por alteração em seu sistema, pois estão aportando mais ênfase aos precedentes em seus ordenamentos jurídicos. Isso tem ocorrido devido à fragilidade do Poder Legislativo dos países latinos, sendo um desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, uma vez que cabe a ele apresentar respostas à sociedade (ATIENZA, 2017, p. 1).

Nesse sentido, países¹⁶⁹ que historicamente adotam o sistema jurídico da *civil law*, ao tratar-se do tema, verifica-se que a pretendida segurança jurídica que deveria ser garantida pelo princípio da legalidade se desfaz, pois há falta de unidade da jurisprudência e, assim, os precedentes da *Corte Suprema de Justicia* são considerados como marco para gerar igualdade e segurança jurídica, pois propiciam uniformidade na aplicação do direito (RAMÍREZ, 2013, p. VIII).

Ao tratar do Poder Judiciário e da função dos juízes, depara-se com a questão de que as decisões proferidas dizem respeito ao passado, ou seja, o juiz se debruça no que já ocorreu proferindo seu veredito aplicando as normas vigentes ao tempo do fato. Mas, não se pode olvidar que, embora o judiciário resolva pendengas do passado, gera efeitos presentes e futuros, pois há, na decisão proferida, uma eficácia pluridimensional entre o passado e o futuro. Analisando a função do Poder Judiciário, em relação à segurança jurídica, percebe-se que há um déficit. Com efeito, a falta de fundamentação na decisão causa falta de conhecimento de seu conteúdo aos destinatários finais. Outro ponto que gera falta de segurança, ainda em relação ao Judiciário e ainda em relação à falta de conhecimento dos destinatários finais do conteúdo decisório, é a divergência entre tribunais sobre o mesmo tema, pois não há, pelo cidadão,

¹⁶⁹ Cita-se o Chile como exemplo.

compreensão de que como isso pode ocorrer no âmbito do Judiciário, que deveria aplicar o direito e entregar justiça.

Há ainda a falta de confiabilidade no Judiciário devido à alteração constante da jurisprudência. Ora, atos praticados com fundamento em posicionamento consolidado à época são posteriormente considerados em descompasso com o ordenamento jurídico devido à alteração abrupta da orientação jurisprudencial. Note-se ainda que não há segurança jurídica pela falta de previsibilidade, não sendo possível calcular, prever qual será o resultado consequente de suas condutas, seja pela falta de fundamentação, pelas decisões divergentes entre os tribunais ou pela alteração constante de entendimento, ou seja, falta racionalidade e coerência no pronunciamento judiciário. Nesse ponto, ao Poder Judiciário são recomendados mecanismos para que se cumpra o papel de pacificação, dentre eles, a teoria dos precedentes que pode trazer segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica é dirigido aos três poderes que devem respeito, cada qual exercendo sua função constitucional. Como visto, os três poderes são responsáveis pela segurança jurídica, cada qual em sua função. O Legislativo editando normas com alto grau de determinação. O Executivo respeitando direitos, não revogando ou anulando atos em detrimento de normas passadas sem prever uma transição. Por fim, o Judiciário deve se afastar de alterações abruptas de jurisprudência e ser moderado na modificação de precedentes.

Tal conjunto de ações, dos três poderes, gera um direito ao beneficiário direto. Com efeito, o destinatário último da segurança jurídica é a coletividade, ou seja, ãos beneficiários do dever de ação necessária à proteção do princípio da segurança jurídica são titulares do direito capazes de forçar sua realização (ÁVILA, 2012, p. 166-167, 189-190).

6.2 Segurança jurídica e previsibilidade

Pontos reconhecidos como essenciais sobre a temática foram analisados anteriormente, mas é necessário ainda lembrar que a segurança jurídica pode ser analisada em dois sentidos: amplo e restrito. No primeiro, a segurança jurídica está ligada à generalidade da proteção e da estabilidade. Já no segundo sentido, a amplitude é menor, pois restrita à segurança dos negócios jurídicos e da estabilidade na certeza, na previsibilidade de que, uma vez ãenvolvida em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu (SILVA, 2009, p. 17).

Ora, o homem tem expectativas, necessita de estabilidade e previsibilidade, o que só ocorre quando há segurança jurídica. Essa segurança, por vezes, se perde no emaranhado das leis e decisões diversas sobre o mesmo tema. O saber ao que agarrar-se é uma aspiração do cidadão quando se fala em segurança jurídica diante da ampliação da insegurança. Para tanto, o ordenamento constitucional atribui força fundamental à segurança jurídica e trouxe elementos para garanti-la, quais sejam, limitação de poderes, princípios da legalidade¹⁷⁰ e da anterioridade¹⁷¹. Sobre tal aspecto, pode-se citar, como fundamento da segurança jurídica, a estabilidade, a determinação e a previsibilidade do direito (ÁVILA, 2012, p. 20 e 40).

A propósito de tal assertiva, traz-se a seguinte passagem doutrinária:

[...] o direito à segurança espalha-se num conjunto de outros direitos e garantias que se acoplam e se moldam no sistema constitucional e infraconstitucional, compondo um ordenamento que deixa todos e cada um certos de seus direitos e da eficácia que eles produzem [...] (ROCHA, 2009, p. 168).

Tal assertiva é o direito fundamental que encontra respaldo na Magna Carta de 1988 como um direito constitucional implícito. A Corte Suprema brasileira já enfrentou o tema e afirmou que o cidadão brasileiro não pode ser vilipendiado em seus direitos, pois ao Estado cabe respeitar a previsibilidade e a certeza do direito¹⁷². Como direito fundamental reconhecido que é, a segurança jurídica é um dos elementos da ideia de justiça em conjunto com a igualdade. Ter-se-á justiça quando for preservada a igualdade, ou seja, uma exigência do tratamento igual de homens e de relações iguais, e correspondente tratamento desigual dos desiguais. Logo, havendo igualdade, pode-se dizer que há justiça. Mas a justiça só existe se houver segurança jurídica nas relações, ou melhor, respeitar o que foi estabelecido, fazer cumprir aquilo que foi ditado pela regra (legal ou pelo precedente). Assim, busca-se a justiça, mas como não se sabe o que é justo, busca-se o que foi definido como tal, na lei ou na decisão judicial (NOGUEIRA, 2013, p. 53-55).

Destarte, para se buscar o justo e termos segurança jurídica, no sistema jurídico da *common law*, o precedente é necessário para a sobrevivência do sistema, enquanto que, no sistema jurídico da *civil law*, a lei é fundamental. Mas, como se sabe, a lei não traz todas as

¹⁷⁰ Artigo 5º, II, da Constituição Federal que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Art. 1º do Código Penal brasileiro que não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

¹⁷¹ Artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Art. 1º do Código Penal brasileiro que não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

¹⁷² Supremo Tribunal Federal que ADI n.º 3685/DF.

respostas, razão pela qual, o precedente também é essencial para a sobrevivência do sistema jurídico da *civil law* (NOGUEIRA, 2013, p. 55).

Por óbvio, ao se adentrar ao tema de segurança jurídica, o seu oposto é de grande importância, já que a relevância é demonstrada quando ela é ausente ou mitigada, existindo o estado de insegurança quando se depara com a complexidade, a obscuridade, a incerteza, a indeterminação, a instabilidade e a descontinuidade do ordenamento jurídico. A insegurança jurídica pode ter suas raízes em causas sociais, mormente em uma sociedade plural e global na qual a velocidade e a quantidade de informações são múltiplas. No quesito quantidade de informações, há a causa jurídica da insegurança, pois, na busca da segurança, a sociedade se tornou insegura. Ora, na busca da segurança, se criou um emaranhado de normas, bem como inúmeras decisões que delas emanam e mais inúmeros artigos acadêmicos e livros publicados sobre as normas e sobre as decisões. Toda essa informação (normas, decisões, artigos acadêmicos e livros) que se apresentam para uma melhor compreensão do tema, paradoxalmente contribui para o aumento da incerteza.

Há também a insegurança gerada pela busca de interesses individuais, pois cada indivíduo busca resguardar os seus interesses nas normas jurídicas. Essa instabilidade faz com que o Estado edite novas normas e, por consequência, traz mais complexidade ao sistema. Sobre isso, ressalta-se que:

[...] o intervencionismo estatal, às vezes superutilizado para efeito de ingerência social, aliado à aceleração e à multiplicação das relações sociais, demanda um aumento da quantidade de leis, cada vez mais repletas de regras gerais e excepcionais, e baseadas em normas finalísticas ou normas-objetivo [...] (ÁVILA, 2012, p. 48).

É um contrassenso, pois o Estado é chamando para si a ingerência social, com a necessidade de regular tudo e saber de tudo, ser capaz de tudo (*alles können*) e poder tudo (*alles dürfen*), com a pretensão de obter clareza e certeza o que gera a fonte de insegurança com o excesso de regras jurídicas. Outro fato gerador da insegurança, além do emaranhado de normas, é a fonte da regra. Com efeito, há inúmeras regras, como já dito, com o intuito de regular todas as relações sociais, mas há também inúmeras fontes de regras, dispondo, por vezes, do mesmo tema, surgindo, assim, a possibilidade de uma concorrência regional, nacional, supranacional ou internacional entre entes legiferantes, circunstância que impede a coerência (ÁVILA, 2012, p. 41-47 e 50-51).

Já foi visto anteriormente que o Estado intervencionista tenta atender a multiplicidade de interesses e, assim, opta pela edição de normas com maior grau de abstração e também por enunciados normativos abertos, com cláusulas gerais e princípios indeterminados. Por óbvio que, havendo maior abstração, maior é o problema da segurança jurídica, pois menor a previsibilidade. Destarte, quando mais se busca segurança com a norma, mais insegurança se gera, ou seja, é um paradoxo e, assim, o jurisdicionado, antes mero intérprete, transforma-se em uma espécie de detetive, tamanha a dificuldade de identificar qual é a norma aplicável.

Assim, a produção legiferante não atende os anseios da segurança jurídica, pois, por vezes, é emergencial e, logo em seguida, precisa de reformulação pelo fato de ter sido elaborada às pressas e, de outro lado, quando tarda a vir, não atendeu a tempo a sociedade que esperava pela regulação do tema. Destarte, se a produção de leis emergenciais é falha, bem como se a lei é produzida depois de longa reflexão não atende a sociedade quando necessita, há novamente outro paradoxo que induz insegurança, a primeira pela fabilidade e, a segunda, pela ausência em razão da demora no processo legislativo. Portanto, pode-se afirmar que quanto mais leis, menos direito e, quanto menos leis, mais direito.

Outro ponto a ser mencionado é a interpretação, pois envolve valorações, ponderações e estabilidade. Nesse ponto, observam-se diferentes interpretações sobre a mesma norma por órgãos julgadores diversos, ou até pelo mesmo órgão julgador. De outro lado, a alteração de posicionamento constante pelos tribunais acarreta insegurança e finda a previsibilidade do sistema, chegando-se a falar em *jurisprudência zigzague* ou *direito gasoso*, pois, em suma, a compreensão sobre um tema é um e, logo em seguida, passa a ser outro antes mesmo de ser entendido pelos destinatários (ÁVILA, 2012, p. 52-53 e 56-61).

É necessária uma segurança jurídica no sistema, pois o cidadão precisa exercer sua profissão e sua atividade econômica que são balizadas, fundamentadas e planejadas nas normas vigentes. As normas, por excelência, geram expectativas, bem como inibem ações. Há, com efeito, um planejamento do cidadão, por isso não se deve alterá-las com frequência. Neste sentido, a previsibilidade da ação estatal, seja em que ato ou em que manifestação ela for baseada, é essencial para a liberdade de ação individual. A insegurança se instala quando não há confiança no sistema. Com efeito, não há segurança no sistema quando não se sabe qual regra é válida. Há também insegurança quando o cidadão sabe qual é a regra, mas não sabe se continuará a ser válida.

Destarte, se não há confiança no sistema, a insegurança jurídica está presente e mais, o cidadão, assim, não sabe se o direito, que já não é sério nem é levado a sério no presente, será também levado a sério no futuro. Há assim, uma necessidade premente de segurança jurídica, pois um direito que não é seguro, não é direito. Note-se que quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro. Enfatiza-se, então, a importância de um sistema estável e previsível, tanto é que a Constituição Federal brasileira traz entraves para sua alteração, bem como proíbe modificações em certos temas. No entanto, não se quer dizer que se restringe a mudança, a evolução, pois as regras constitucionais permitem ao Poder Judiciário continuamente buscar a melhor interpretação, podendo, inclusive, revisar decisões anteriores.

Enfim, a segurança jurídica se adquire não pela imutabilidade do direito, mas pela gradual utilização de critérios, parâmetros e procedimentos claros. É um tema controverso, pois, enquanto a segurança jurídica é tratada por Frank como algo inatingível (uma ilusão ou um mito), ela é referida por Bobbio como algo necessário (um elemento intrínseco) para a existência do direito (ÁVILA, 2012, p. 63-72, 79 e 85-86).

6.3 A insegurança jurídica na interpretação do Direito Penal brasileiro

No Direito Penal, um problema que ocorre é a insegurança jurídica em relação aos tipos penais¹⁷³ abertos, ou seja, aqueles que ostentam elementos de conteúdo variável, aferidos a partir de outras normas jurídicas, ou extrajurídicas, quando da aplicação do tipo penal ao fato concreto (REALE JÚNIOR, 1998, p. 50). Busca-se, então, apresentar a dificuldade acerca da interpretação dos tipos penais, em especial a análise sobre os termos vagos, ambíguos e equívocos. Constatou-se anteriormente que a segurança jurídica é conquistada no processo de interpretação e aplicação do direito, ou seja, é fruto da conjugação de critérios e argumentações do próprio processo de aplicação do direito.

No Direito Penal, os crimes são previstos em tipos incriminadores que definem os fatos puníveis culminando sanções (BATISTA, 1984, p. 281). São chamados de tipos penais (*Tatbestand*) que trazem, em seu bojo, a descrição dos elementos do delito, sendo que tal exigência, na estipulação de condutas criminosas, tem o intuito de limitar o arbítrio dos governantes (LUISI, 1987, p. 13-15). O tipo penal é, dessa forma, uma construção abstrata de

¹⁷³ Também denominado de enunciado normativo incriminador.

condutas criminosas que são, assim, proibidas no ordenamento jurídico. Portanto, o tipo é um modelo abstrato, representação genérica contida em lei, de um comportamento humano tido como proibido (LOPES, 2012, p. 2).

O termo *tipo* tem origem grega e um dos seus sentidos é *exemplo* ou *modelo*, em acepção mais valorativa, derivando para *protótipo* ou *arquétipo*. Várias foram as acepções empregadas ao termo em comento, mas o sentido originário do grego (*modelo* ou *molde*) nunca se perdeu. No entanto, mesmo sendo um molde, não se pode confundi-lo com um conceito. Com efeito, um conceito é rígido e fechado, nem sempre encontra correspondência com os fatos da vida. Já o tipo é flexível, criado para ser abstrato e genérico, podendo adequar-se, adaptar-se a situações modernas e atuais, alterado seu significado ao longo do tempo (DERZI, 2007, p. 38-92).

Mas, mesmo sendo flexível e abstrato, o tipo contém várias referências ao objeto, uma delimitação que reduz a imprecisão, contudo, ainda assim, não se elimina a zona de penumbra. E mais, mesmo quando o legislador opera com conceitos fechados, há de restar sempre o conhecido fenômeno da mudança de significação das normas ao longo do tempo, dentro dos limites possíveis da palavra (DERZI, 2007, p. 112). Em síntese, o tipo penal é o conjunto de elementos do fato punível descrito na lei penal. É, pois, um modelo abstrato que descreve um comportamento proibido (BITENCOURT, 2012, p. 336).

O tipo penal, sendo o modelo descritivo de comportamentos proibidos, tem suas funções. Uma delas é a função *indiciária*, a qual a conduta sendo proibida é típica e, assim, há indícios de que também será *antijurídica*, pois infringiu o direito (BITENCOURT, 2012, p. 339). O tipo também tem a função *fundamentadora* do *ius puniendi*. O Estado moderno detém o monopólio de aplicar sanções penais, sendo o tipo penal o meio pelo qual fundamenta e faz valer o direito de punir. Com efeito, a função *fundamentadora* por ele exercida, abre a possibilidade ao Estado de exercer o seu direito de punir sempre que o seu tipo penal for violado (GRECO, 2010, p. 175).

Outra função, ligada intimamente ao da segurança jurídica, é a de *garantia* que, baseada no princípio da legalidade, o tipo penal tem a função de fundamentar o injusto e também limitar o âmbito de incidência, ou melhor, do que é proibido, penalmente relevante (BITENCOURT, 2012, p. 339). E mais, sendo o tipo penal uma garantia do cidadão de que toda conduta é lícita, pode ele praticar qualquer ato que não for expressamente proibido em um tipo penal, ou seja,

tipificada em lei como um ilícito penal (GRECO, 2010, p. 175). Portanto, cada cidadão tem a segurança jurídica, a garantia de que só será objeto de preocupação do Direito Penal a conduta que foi descrita por lei em um tipo penal. No que diz respeito à segurança jurídica do cidadão, há a função diferenciadora do erro no Direito Penal. É a função que dá ao cidadão o conhecimento de só ser punido quando sua conduta abrange todos os elementos constitutivos da descrição abstrata, isto é, a conduta, para ser típica, tem que ser dolosa e tal dolo deve corresponder a todas as circunstâncias fáticas contidas no tipo penal. Assim, o tipo penal, presumidamente doloso, não se aperfeiçoa, tornando a conduta atípica, quando ocorrer o chamado erro de tipo (BITENCOURT, 2012, p. 339).

Convém salientar que os tipos penais devem propiciar ao intérprete critérios não contraditórios, ou seja, critérios claros para que o dever ser tenha contato com o dado do ser (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 64). Desta feita, um dos objetivos do modelo penal garantista é a exigência de que o legislador crie, construa tipos penais taxativos, objetivos, ou seja, tipos fechados (GOMES, 2003, p. 11-12). No entanto, os tipos incriminadores¹⁷⁴ não possuem somente os elementos descritivos¹⁷⁵, pois podem conter, em sua estrutura, enunciados normativos abertos que admitem as mais variadas interpretações. Assim, o tipo penal contém elementos descritivos õpassíveis de reconhecimento por juízos de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial (sentidos humanos)õ, mas contém também alguns elementos que dependem de juízos de valoração, são os chamados, pela literatura penal, de elementos normativos (NUCCI, 2008, p. 183). Os elementos normativos do tipo penal:

[...] podem ter conteúdos valorativos diversos. Ligam-se a termos jurídicos - documentos, funcionário público -, ou ainda constituem termos ou expressões extrajurídicas - dignidade, decoro, mulher honesta -, com valo razão sócio-cultural. Os primeiros implicam em uma valoração eminentemente jurídica, porquanto se tratam de conceitos ligados à esfera do direito. A segunda espécie tem conteúdo cultural e requer valoração de ordem ético -social o u de cunho moral [...] (LOPES, 2012, 5-6).

É certo também que o magistrado não é mais a õboca da leiõ, pois é obrigado a complementar a lei vigente, optando por um dos tantos sentidos legítimos que se pode extrair do enunciado normativo. No Direito Penal, a preocupação quanto à interpretação dos

¹⁷⁴ Sustenta-se que o tipo penal contenha elementos subjetivo, objetivo e normativo. No entanto, no que diz respeito ao elemento objetivo, parte da doutrina inclui nele o elemento normativo, ou seja, teria-se, no elemento objetivo, os elementos descritivos e normativos (LOPES, 2012, p. 4).

¹⁷⁵ Também denominados na doutrina de elementos objetivos normativos: õsão aqueles cujo entendimento do intérprete se dá com a simples constatação sensorial, com a percepção dos sentidos, sem outros juízos de valoresõ (LOPES, 2012, p. 4).

magistrados aos tipos penais é acentuada, pois o direito à liberdade não pode ser mitigado, devendo-se buscar o ideal de certeza e segurança (RAMÍREZ, 2013, p. 1).

Os elementos normativos trazem incerteza quanto ao conteúdo e alcance do tipo, no entanto, diante da necessidade de tornar a lei penal dinâmica, os elementos normativos adquirem importância. Não deixam a-históricos os juízos de valores contidos na norma. Eles dão eficácia temporal à norma penal, com o uso da legislação sintética. É uma forma de adequar socialmente a lei penal à cultura de cada tempo (LOPES, 2012, p. 7). Nesse ponto, no Direito Penal brasileiro, há muitos tipos penais abertos, com elementos normativos, ou seja, aqueles que contêm elementos que dependem de atividade valorativa. Como se sabe, tal previsão ocorre devido à dificuldade de o legislador modelar o tipo com dados objetivos, razão pela qual lança mão de expressões que dependem de análise subjetiva. Com efeito, o elemento aberto axiológico não é determinado, já que cabe ao intérprete conferir o sentido do texto ao interpretá-lo, como no caso das nuances da ilicitude, como, por exemplo, injustamente, bem como quando diz respeito à parte da estrutura do tipo, um elemento constitutivo, como, por exemplo, perigo comum, cruel, torpe.

Os elementos normativos contidos no tipo penal podem ser classificados como jurídicos ou culturais. No primeiro há um conceito consagrado e expresso em outras normas jurídicas, como, por exemplo, funcionário público, definido no artigo 327 do Código Penal brasileiro. No segundo a valoração é livre, ou seja, não há uma significação expressa no tipo penal, como, por exemplo, fraude prevista no artigo 155, §4º, II, do Código Penal brasileiro, demandando que o intérprete busque o sentido da expressão em outras ciências, como, por exemplo, a fiscal, a tributária e a econômica (LUISI, 1987, p. 58-59).

Abordando a questão da interpretação constitucional, no que concerne a hipótese dos enunciados abertos, ressalta-se:

[...] apesar da natural abertura dos enunciados normativos, a ensejar diversas interpretações, nem por isso quaisquer leituras podem ser consideradas igualmente válidas, até porque existem critérios para verificar a sensatez de uma interpretação textual e, à luz desses parâmetros, para desqualificar as que se mostrarem, indubitavelmente, erradas ou clamorosamente inaceitáveis [...] (COELHO, 2011, p. 186).

Nesse sentido, é sabido que é conferida a possibilidade de o juiz complementar o tipo penal para possibilitar a justiça do caso concreto, mas por vezes gera injustiça. A pergunta que se faz é se é possível garantir a segurança jurídica quando o tipo possibilita várias interpretações

e aplicações, ou seja, como evitar pronunciamentos contraditórios diante de tais tipos penais, pois a inclusão de elementos normativos no tipo penal implica imprecisão na interpretação (LOPES, 2012, p. 7).

Ora, os conceitos ambíguos, contidos no tipo penal, geram insegurança jurídica e incerteza ao direito, pois permitem as diferentes formas de conceituação devido à vagueza. Por certo que há um preenchimento valorativo pelo intérprete, ou seja, o intérprete encontra na lei apenas uma informação incompleta relativa à decisão que lhe concede espaços para sua decisão (HASSAMER, 2007, p. 10). Assim, o tipo penal que contenha somente elementos descritivos são chamados de tipos fechados, enquanto que os tipos penais que contiverem, em sua estrutura, elementos que dependem de uma valoração subjetiva do intérprete, aqueles que dependem de uma análise para além do vernáculo, são denominados de tipos abertos. Dessa feita, a segurança jurídica é, em grau menor, no último caso, um problema (NUCCI, 2008, p. 184).

É importante ressaltar que, mesmo com os tipos penais abertos, na interpretação do Direito Penal brasileiro, deve-se observar o princípio da legalidade e seu subprincípio da taxatividade. Tais princípios vedam a incriminação vaga e indeterminada, pois o tipo penal descrito vagamente não torna certa a ilicitude da conduta que o Estado visa incriminar, o que redundaria em ofensa à segurança jurídica do cidadão, bem como deixa ao julgador a tarefa de identificação do fato punível (FRAGOSO, 2006, p. 114-115 e 423-426).

No Direito Penal, é realçada a importância do princípio da legalidade especificamente quanto a necessidade de a lei penal ser certa. Sustenta-se que a lei deve ser clara e simples para que seu destinatário, o cidadão brasileiro, tenha conhecimento do que é proibido e, assim, ter previsibilidade para comportar-se de acordo com o que é proibido ou não. Com isso, ou seja, sendo o tipo penal certo, taxativo, afasta-se a insegurança jurídica na aplicação do texto legal, bem como se evita o arbítrio como ocorreu na época do nazismo¹⁷⁶, na qual os tipos eram vagos, amplos e incertos, permitindo atrocidades (GRECO, 2009, p. 30-34).

Ao analisar os termos abertos inseridos nos tipos penais, argumenta-se que modernamente se aceita certa indeterminação, pois o legislador não tem como antever todas as possíveis condutas que podem ocorrer na violação de um bem jurídico, ou seja, utiliza-se da generalidade para tentar abranger um número maior de condutas nocivas à sociedade

¹⁷⁶ Exemplo: punição por fato praticado contra o sentimento do povo alemão (GRECO, 2009, p. 30-34).

(BITENCOURT, 2011, p. 80-81 e GRECO, 2010, p. 39). A mencionada indeterminação causa insegurança jurídica. Com efeito, o legislador penal prescreve condutas proibidas e os juristas apresentam suas conclusões, mas é importante saber o que julgam os tribunais, pois não é a cabeça de regras de direito sem consultar julgado algum é tão ridículo como aprender literatura sem nada ler, ou história da arte sem contemplar um quadro ou uma estátua, ou botânica sem observar uma planta sequer (MAXIMILIANO, 2000, p. 33).

Portanto, a redução das incertezas perpassa necessariamente pela atuação do Poder Judiciário por intermédio da interpretação diária aplicada pelos juízes, pois o direito é o que os tribunais decidem, mais precisamente a Corte Suprema do País, pois são incumbidos de dizer o direito. Assim, examinando as decisões dos tribunais, é que se saberá o que é o direito, diferindo do que o indivíduo comumente entende como regra, pois cada pessoa pode formular as regras que considera obrigatórias e os ideais que se propõe a realizar (PERELMAN, 2005, p. 611).

No entanto, a inclusão dos elementos normativos abertos no tipo penal acarreta divergências, insegurança jurídica, uma ameaça ao princípio da legalidade. Destarte, para evitar tal ameaça, é importante delimitar o campo de incidência destes elementos normativos, bem como as diretrizes gerais para a sua exegese, sob pena de agredir o referido princípio, tirando, assim, a função de garantia que exerce o tipo penal (LOPES, 2012, p. 10).

Dessa forma, para limitar o campo de atuação do exegeta diante dos elementos normativos abertos, atualmente, além dos tipos penais, é de suma importância estudar os precedentes dos tribunais, pois:

[...] a determinação da regra de direito, através de suas aplicações em casos concretos, pressupõe uma colaboração de fato entre os poderes legislativo e judiciário, sendo a importância de seus respectivos papéis variável conforme os casos. [...] A análise das decisões judiciais fornece, assim, um excelente material para a constituição de uma lógica dos juízes de valor, integrados numa teoria geral da argumentação (PERELMAN, 2005, p. 615-620).

Assim, um antigo texto, ainda em vigência, tem atualmente uma interpretação diversa da época de sua edição, por vezes, pelo fato de o legislador consagrar com o seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo. Restará claro, então, que a concepção estática da interpretação não tem mais lugar, pois o direito não pode ser identificado só como a lei. Com a dinâmica, o juiz adapta o direito às necessidades atuais, já que o papel do juiz é tomar uma decisão, resolver, escolher, em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito

de que ele constitui um elemento central (PERELMAN, 2005, p. 625-626 e 632). Assim, para ampliar a segurança jurídica aos tipos penais abertos, o direito aplicado pelo juiz traz mais certeza quando usado com coerência, igualdade e constância, sobressaltando-se, assim, a teoria dos precedentes no Direito Penal brasileiro, pois pode propiciar a segurança jurídica antes almejada pela edição somente de tipos penais fechados.

6.4 Hermenêutica e interpretação dos tipos penais brasileiros

É necessário para o tema analisar o processo hermenêutico e as regras de interpretação dos tipos penais. A hermenêutica, muito confundida, nada mais é do que a reunião de processos sistêmicos, de formas, de modos pelos quais se interpreta o texto da lei, de como é o processo de extração do sentido e de seu alcance (MAXIMILIANO, 2000, p. 1). A temática é campo de grandes debates acadêmicos e divergências judiciais. Grandes também são as discussões no campo da linguística e do ativismo judicial (COELHO, 2011, p. 47-51), mas, como recorte metodológico, limitando o foco, o presente estudo não se aprofundará em tais pormenores.

A intenção é apontar a existência de insegurança jurídica diante das inúmeras possibilidades que se pode dar ao tipo penal, pois a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica (KELSEN, 2011, p. 391-395). É certo que a descrição da conduta criminosa vem do texto da lei penal, do tipo penal, ou seja, a descrição de uma conduta na qual os intérpretes extraem suas exegeses, mas não é a norma, pois esta advém do texto, é ela o dever ser que vincula as condutas do cidadão, sendo que aquele é abstrato e só um texto (ALVES JR, 2010, p. 78).

Notando-se a importância da temática, o Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷ é palco de grandes debates sobre o tema, pois foi chamado a definir o alcance do tipo penal¹⁷⁸ que incrimina a prática de racismo¹⁷⁹. A problemática centrou-se na possibilidade ou não de incluir, na tipificação dos tipos penais já existentes e previstos na mencionada legislação da incriminação, a homofobia e transfobia. Nesse ponto, se declarou existir omissão do legislador

¹⁷⁷ ADO n.º 26 e MI n.º 4733 o julgamento iniciado em 03-2019.

¹⁷⁸ Lei n.º 7.716/1989.

¹⁷⁹ Os votos até então proferidos (05-2019) são objeto de análise do item 10.1.1 sob o subtítulo de A criminalização da homofobia e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e Mandado de Injunção n.º 4.733 o Supremo Tribunal Federal.

e determinou que o tipo penal de racismo seja ampliado para incriminar as condutas de homofobia e transfobia.

Conforme pode ser percebido em parte dos votos:

[...] dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei n.º 7.716/89, [...] seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão [...] (BRASIL, STF, Transfobia-Min. Celso de Mello, p. 154-155, 2019).

[...] aplicar com efeitos prospectivos [...] a Lei n.º 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, STF, Transfobia-Min. Edson Facchin, p.26, 2019).

Verifica-se dos votos que o Supremo Tribunal Federal levou em consideração os tipos penais previstos na Lei n.º 7.716/89 e ampliou o alcance de um tipo penal¹⁸⁰.

Com o ato de interpretar, busca-se o justo, o correto, ou seja, o coletivamente aceitável, pois nenhum método de interpretação pode garantir a correção da manifestação do intérprete, já que sendo proferida por autoridade competente é válida (HUNGRIA, 1955, p. 11). *Cesare Beccaria* era veementemente contra tal tarefa ser realizada pelo juiz, fazendo, inclusive, alerta sobre a obscuridade das leis. No seu entender, se a lei fosse simples e de fácil compreensão e entendimento pelos cidadãos, menos delitos teriam-se. Queria ele dizer que o cidadão tem que ter ciência do que é proibido e, para isso ocorrer, deve entender o que diz a lei e, assim, se comportar conforme o mandamento da sociedade estatuído no enunciado normativo (1997, p. 22).

Em suas palavras:

[...] enquanto o texto das leis não for um livro familiar, uma espécie de catecismo, enquanto forem escritas numa língua morta e ignorada do povo, e enquanto forem solenemente conservadas como misteriosos oráculos, o cidadão que não puder julgar por si mesmo as conseqüências que devem ter os seus próprios atos sobre a sua

¹⁸⁰ Os votos proferidos são analisados com maior profundidade no item 10.1.1.

liberdade e sobre os seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis [...] (BECCARIA, 1997, p. 22).

Atualmente busca-se a edição de textos objetivos, pois uma lei para obrigar õde maneira realmente efetivaõ deve ser breve e clara, ou seja, acessível a todos (VILLEY, 2009, p. 742). Nítido, então, que a lei deve conter expressões de fácil compreensão, bem como deve o enunciado normativo ser taxativo, certo e sem obscuridade. No entanto, convêm salientar que o problema da interpretação não se cinge às leis, mas a todos os enunciados normativos, inclusive constitucionais. Com efeito, os enunciados constitucionais não contêm termos unívocos, ou seja, contêm palavras (símbolos linguísticos) que podem ter vários sentidos (ALVES JR., 2010, p. 76).

Assim, pode-se afirmar que o direito positivo estabelecido no enunciado normativo, constitucional ou penal incriminador, não encerra os problemas da sociedade, pois as disputas diuturnas, na maioria das vezes, se resolvem com a aplicação da norma ao caso concreto, sendo que tal aplicação é levada ao Poder Judiciário, surgindo o problema da aplicação do enunciado normativo abstrato ao problema real, já que cada litigante apresenta sua forma de ver o enunciado normativo, apontando que norma seja aplicada. Note-se que o problema também ocorre, na maioria das vezes, quando não há uma correspondência exata entre o que foi previsto pelo legislador e o caso do mundo, a distância entre a generalidade do enunciado normativo e a singularidade do caso concreto, ou seja, õa antinomia entre o abstrato e o concretoõ (COELHO, 2001, p. 47-51).

Interpretar o enunciado normativo é tarefa necessária, pois a antiga máxima *in claris cessat interpretatio* não se sustenta, tudo se interpreta. Com efeito, sempre há margem de interpretação, o enunciado normativo deve ser sempre avaliado quanto à vontade e à intenção da lei, pois como disse *Ulpiano* õembora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descuidar da interpretação respectivaõ (MAXIMILIANO, 2000, p. 9 e 33). Mas não se pode olvidar de que, mesmo sendo um enunciado normativo fechado, a ele pode ser atribuído vários significados, ainda que exposto de forma clara, quiçá de forma ambígua. O õdireito é hermeneuticamente aberto, pois suas expressões não têm um sentido único e fixo, pois admitem sempre sentidos contextual-gramaticalmente diferente e lhes é assim conatural e ineliminável uma virtual ambiguidadeõ (NEVES, 2003, p. 186-190).

Nesse sentido, não só os enunciados normativos obscuros demandam interpretação, mas também os que lhe parecem claros, também afastando a máxima citada acima (COELHO, 2001,

p. 86-87). Ora, todo enunciado normativo, seja claro ou vago, depende de uma interpretação, pois ãnenhuma situaãõ concreta enseja uma aplicaãõ ãnica da lei ã sendo ãerrõneo, tambãem, portanto, crer que um texto pode ser tãõ claro a ponto de ser impossível que suscite dÃvidas quanto a sua interpretaãõ (ROSS, 2007, p. 164-165 e 330).

Assim como no sistema brasileiro, nos sistemas de paÃses latinos que adotam a *civil law*¹⁸¹, o direito penal Ã fundado no princÃpio da legalidade, mas se reconhece a liberdade de interpretar a lei adequando-a em seu sentido e alcance. Os tipos penais com conceitos abertos admitem as mais variadas interpretaãões e, assim, o magistrado nãõ pode ser mais sãõ a ãboca da lei, pois Ã obrigado a complementar a lei vigente optando por um dos tantos sentidos legÃtimos que se pode extrair do enunciado normativo para aplicã-lo ao caso concreto (RAMÍREZ, 2013, p. VIII e 1).

Hã sempre, entãõ, a necessidade de interpretar-se os enunciados normativos sendo que a hermenãutica apresenta alguns mÃtodos. A hermenãutica jurÃdica Ã dotada de certas singularidades, mas nãõ difere da hermenãutica bÃblica ou filosÃfica, pois a religiãõ, a moral e a lei sãõ regras de condutas coletivas e, como tais, tem ãfinalidade diretiva comum, comportam uma sãõ leitura adequada ao seu objeto, uma interpretaãõ em funãõ normativa, uma hermenãutica. Na hermenãutica jurÃdica, hã particularidades nos mÃtodos da exegese, tais como o ãmÃtodo impositivo ou pragmãtico-autoritãrio de pãr termo aos conflitos exegÃticos, ou seja, distinta ãda maneira aberta como se travam as interminãveis disputas estãticas ou filosÃficas.

No direito, quando se aborda os mÃtodos da hermenãutica, um ponto essencial de se lembrar Ã no sentido de que os enunciados normativos sãõ ãnormas potenciais que possuem vãrias possibilidades de interpretaãões e, de tais enunciados, Ã que sãõ extraÃdas as verdadeiras normas pelos aplicadores do direito (COELHO, 2011, p. 12-13, 21 e 82-83). Destarte, reafirma-se que, por mais claro que pareãa o enunciado normativo, sempre haverã a incidãncia dos processos de interpretaãõ estabelecidos pela hermenãutica (MAXIMILIANO, 2000, p. 1). Vãrios sãõ os mÃtodos de interpretaãõ, sendo a interpretaãõ literal o primeiro estãgio para o intãrprete, pois ãefectivamente, o texto da lei forma o substracto de que deve partir e em que deve repousar o intãrprete. Note-se que as palavras devem ser interpretadas no seu sentido

¹⁸¹ Cita-se como exemplo o Chile.

comumente utilizado, salvo se merecerem acepção técnica, pois, no caso, deve-se interpretá-las no seu sentido técnico em detrimento do uso vulgar.

Na interpretação restritiva, entende-se que, mesmo havendo um enunciado normativo expresso de forma ampla, o legislador não quis abranger toda a classe, mas uma relação em especial. A interpretação restritiva tem lugar quando o texto genérico entra em contradição com outro enunciado, quando há uma contradição no próprio enunciado ou quando outra forma de interpretar ultrapassaria o fim almejado pelo enunciado. Já na interpretação extensiva, o contrário, destina-se a corrigir uma formulação estreita de mais (sic). Por vezes, por imprecisão do legislador o texto contém referências à espécie quando deveria ser abordado o gênero. Há casos nos quais o texto exprime uma singularidade específica, quando na realidade pretendia-se proteger toda uma categoria. Assim, com a interpretação extensiva o intérprete pode corrigir tais imprecisões, alcançando situações não expressas no enunciado normativo e despojando o conceito das particularidades e abarcando a generalidade das relações.

Sendo a interpretação extensiva uma reintegração do pensamento legislativo, tem aplicação ampla, inclusive a enunciados normativos de índole penal. Com efeito, o que é vedado no Direito Penal é a analogia, no entanto, a lei não deve ser interpretada só no seu aspecto literal. Sustenta-se que se o enunciado normativo tem a intenção de proibir certas condutas, verifica-se o fim da proibição e, em casos semelhantes, de forma racionalmente interpretada, a proibição deve negar eficácia também àqueles outros meios que, em outra forma, tendem a conseguir aquele efeito. Na interpretação extensiva, busca-se, no enunciado normativo, o espírito, ou seja, o conteúdo, sendo que o intérprete deve, com tal raciocínio, pressupor que o caso já está compreendido na regulamentação jurídica, entrando no sentido de uma disposição, se bem que fuja a sua letra. Ao se interpretar o enunciado normativo extensivamente, nada mais se faz do que reconstruir a vontade legislativa já existente, tornando o caso incluído no texto, pois a por inexata formulação parecia excluída. Revela-se, pois, o que a lei pretendia com a proibição advinda do enunciado, sendo, assim, permitida a sua utilização, no direito penal, pois a vedação é do uso da analogia e não da integração analógica (FERRARA, 1987, p. 139-151 e 162-163).

Destarte, com os métodos da hermenêutica, pode-se atribuir, após a pesquisa do fato concreto, qual norma é aplicável. Interpretar, então, é analisar o enunciado normativo e declarar qual é o seu sentido e seu alcance no mundo real. Mas, como visto, interpretar não é tarefa fácil, razão da hermenêutica apresentar métodos de se extrair o sentido, o alcance e a extensão do

texto legal, regendo, assim, a arte de interpretar (MAXIMILIANO, 2000, p. 1). Portanto, a interpretação é uma atividade criadora, busca-se, pelos critérios hermenêuticos, a compreensão do enunciado normativo frente ao caso concreto (BATISTA, 1984, p. 300).

O enunciado normativo, editado pelo Poder Legislativo, é amplo e abstrato e, assim, há dificuldades de aplicação ao caso concreto diante das particularidades de cada situação vivida na sociedade. As dúvidas surgem das particularidades não só pelo fato dos enunciados serem amplos e abstratos, mas também pelo fato de que são feitos por homens e aplicados por homens, ou seja, há uma imperfeição natural no plano normativo e no plano prático. Nesses casos, a aplicação do enunciado ao caso concreto não é mero exercício de enquadramento do fato ao texto legal, pois pode ocorrer de não se apresentar a subsunção imediata, necessitando-se de que haja uma adaptação à realidade e, assim, o exegeta dá vida real ao enunciado que outrora era abstrato, pois com a aplicação, após a interpretação, revela-se o sentido do enunciado normativo para o caso concreto (MAXIMILIANO, 2000, p. 8-10).

Ora, não é possível esquecer que um texto escrito há cem anos, ao ser interpretado nos dias atuais, terá sentido, alcance e extensão diverso do preconizado à época de sua edição, pois há evolução social. Assim, a hermenêutica apresenta processos que aproximam o texto normativo à realidade atual e, por isso, sempre há interpretação, não há enunciado normativo que não necessite de interpretação, pois o aplicador parte da abstração e encerra a realidade. A dificuldade que se encontra é conseguir extrair o sentido e o alcance do enunciado que contém palavras ambíguas, trazendo insegurança jurídica ao sistema. A palavra por si só já é dútil, pois pode aparentar uma certeza encobertando várias realidades. Em sendo uma palavra ambígua, que não ostenta a certeza, o problema é maior, nascendo as divergências de interpretação.

Na interpretação do Direito Penal brasileiro não se deve esquecer que todo saber requer uma definição, pois para isso delimita o horizonte, ou seja, ao interpretar o Direito Penal, não se deve esquecer que tem sua razão de existir para conter o poder punitivo, ou melhor, é o Direito Penal brasileiro o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões. Assim, no Direito Penal, a interpretação a ser realizada pelo intérprete deve ser de contenção, redução do poder punitivo do Estado. Com efeito, os juízes são orientados por leis que condicionam a atuação do Estado, como, por exemplo, a Constituição Federal e o Código Penal brasileiro (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 39-40).

Mas a interpretação da Constituição Federal ou do Código Penal brasileiro é realizada pelo povo, pelos acadêmicos, pelos advogados e pelo juiz que cria a norma para o caso concreto. As partes interessadas interpretam os enunciados normativos do modo que atendam suas expectativas, no interesse próprio ou de seu cliente. O cientista, o acadêmico, interpreta o enunciado normativo apresentando todas as possíveis soluções para o caso. No entanto, o juiz realiza a interpretação partindo do enunciado normativo e cria a norma para o caso concreto com sua decisão, firmando uma posição. Todavia, deve haver segurança jurídica para não ocorrer diversidade de posições dos magistrados. Assim, a pergunta que se faz é se é possível garantir a segurança jurídica, evitando-se pronunciamentos contraditórios (RAMÍREZ, 2013, p. 1). Trata-se de tema que perpassa pela coerência, pela igualdade e pela constância nos posicionamentos judiciais e, assim, intrinsecamente entrelaçada com a temática da teoria dos precedentes, pois é possível estabelecer maior segurança jurídica quando o ato de interpretar vem acompanhado da obrigatoriedade e vinculação propiciada pelo precedente.

6.5 A ambiguidade e a interpretação do enunciado normativo

O texto da lei é um conjunto complexo de palavras que expressam uma vontade e, para determiná-la, o intérprete deve investigar e encontrar o conteúdo deduzido através das palavras do legislador. O intérprete não deve ser um autômato, deve analisar o enunciado normativo e dele extrair a norma para o caso concreto. Deve buscar sempre o fim da lei, pois um enunciado normativo sempre tem a finalidade de proteger interesses e o intérprete deve assegurar tal finalidade em sua plenitude (FERRARA, 1987, p. 128-130).

Surge, então, o problema de limitação quando o texto traz termos abertos, ou seja, não limitando semanticamente a tarefa do exegeta. No Direito Penal, o legislador deve evitar o uso de elementos abertos, pois o subjetivismo é perigoso (LUISI, 1987, p. 57-58). E mais, o modelo penal brasileiro tem como pilar o objetivo do modelo penal garantista, ou seja, da exigência de que o legislador crie, construa enunciados normativos incriminadores taxativos, objetivos, ou seja, tipos penais fechados¹⁸² (GOMES, 2003, p. 11-12). Há, assim, o problema de insegurança jurídica nos tipos penais abertos, pois, analisando a linguagem utilizada nos meandros jurídicos, não há necessidade de insistir no facto de a maior parte dos termos jurídicos ser

¹⁸² Pode-se definir tipo penal como: a construção abstrata de condutas criminosas que são, assim, proibidas no ordenamento jurídico; é um modelo abstrato, representação genérica contida em lei, de um comportamento humano tido como proibido (LOPES, 2012, p. 2).

incompreensível para os iletrados, que perfazem o grosso das pessoas que comparecem perante os tribunais (GARAPON, 1997, p. 110).

Destarte, na formulação de enunciados normativos, deve-se evitar a equivocidade dos termos linguísticos, já que é necessário elaborá-los de maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica (KELSEN, 2011, p. 397). No entanto, mesmo havendo o entendimento para que se criem tipos penais fechados, com conceitos delimitados, há uma tendência na criação de tipos penais abertos com termos amplos (DERZI, 2007, p. 65-70) e, assim, possibilita maior alcance do texto, bem como propicia maior longevidade do tipo penal.

Sabe-se que é impossível que o legislador anteveja todas as situações do mundo real, da vida em ritmo alucinante, com a velocidade da informação tecnológica e da alteração de costumes, razão pela qual o enunciado normativo é formulado de maneira ampla e abstrata. Com efeito, a produção legislativa do direito brasileiro sofreu alteração, pois se privilegiou a técnica de criar enunciados normativos abertos, com conceitos jurídicos indeterminados no intuito de permitir a aplicação a situações que se modificam de acordo com a dinâmica de uma sociedade complexa (FREITAS FILHO, 2009, p. 19).

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] as cláusulas gerais são, portanto, identificadas como uma técnica legislativa por meio do qual se atribui a uma determinada norma o caráter de vagueza, permitindo assim a inserção no sistema [...] de elementos valorativos e permitindo ainda a formulação de novas normas. [...] As cláusulas gerais são formuladas com a utilização de termos vagos, imprecisos, semanticamente abertos de forma proposital, tendo em vista a necessidade de mobilidade na sua aplicação [...] (FREITAS FILHO, 2009, p. 262 e 281).

Ora, no tipo penal são encontrados elementos objetivos que são meramente descritivos, há clareza e simplicidade no conceito, no entanto, também são encontrados elementos¹⁸³ com estruturas típicas que precisam ser especialmente interpretadas para terem sentido pleno. Não são compreendidas pela mera percepção descritiva/ontológica do objeto. E mais, o tipo descritivo necessita de elementos com carga axiológica, pois o tipo penal deve ir além da mera descrição de condutas proibidas, valorando-as também, pois assim, será revelada a proibição almejada pela lei (LOPES, 2010, p. 66-69).

¹⁸³ O autor os nomina de elementos normativos (LOPES, 2010, p. 67).

No Direito Penal brasileiro, o cerne do problema da interpretação ocorre, em sua maioria, na aplicação de tipos penais abertos¹⁸⁴, pois, ainda que ocorra em menor parte, quando o intérprete se depara com enunciados fechados¹⁸⁵, ele lança mão da técnica do *õ*subsuntivo direto^õ, enquanto que nos abertos há ^õum esforço hermenêutico adicional^õ, permitindo grau maior de subjetividade.

Trata-se de processos distintos de interpretação, sendo que ^õ que há de diferente na aplicação das normas abertas é que o sentido descritivo da norma não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão^õ. Assim, na aplicação do enunciado aberto, o intérprete tem a necessidade de completar descritivamente os termos do enunciado normativo, sendo que, no enunciado normativo fechado, em menor extensão, o intérprete está diante de um enunciado descritivo e lhe resta o processo imediato da subsunção. A aplicação do enunciado normativo aberto ao caso concreto se torna um problema quanto à segurança jurídica e à certeza¹⁸⁶, pois pode-se chegar a ^õum sem-número de situações concretas sob o mesmo dispositivo normativo^õ e mais, o intérprete pode ser levado a utilizar de parâmetros extrajurídicos (FREITAS FILHO, 2009, p. 10-29 e 274-275).

Assim, ao interpretar o enunciado aberto, antes de realizar a subsunção, o intérprete realiza ato interpretativo no qual define, atribui o significado ao termo vago (LARENZ, 1997, p. 299). Não é demasiado lembrar que a interpretação de enunciados abertos ou fechados é sempre um julgamento de valor e, assim, não ^õhá possibilidade de absoluto controle sobre o resultado do processo de interpretação e aplicação das normas^õ. Na interpretação não se pode admitir ^õque se chamem coisas diferentes pelo mesmo nome, especialmente em um contexto no qual estão em jogo a vida, a liberdade e outras importantes dimensões da existência humana^õ (FREITAS FILHO, 2009, 10-15, 16-17, 30-31 e 318).

Assim, surge a indagação: Como compatibilizar tipos penais abertos com a segurança jurídica? A resposta poderia ser simplista, qual seja: respeitar os princípios da legalidade e taxatividade. Mas a questão não é simples assim. Com efeito, ainda que respeitado o princípio da legalidade, modernamente admite-se que o princípio da taxatividade seja mitigado, pois é sabido que a lei é inegavelmente interpretada, já que é impossível que se tenha uma precisão

¹⁸⁴ Enunciados dotados de vagueza socialmente típicas ou semanticamente abertas (FREITAS FILHO, 2009, p. 10).

¹⁸⁵ Enunciados casuísticos ou semanticamente fechados (FREITAS FILHO, 2009, p. 10).

¹⁸⁶ Exigência do princípio da legalidade/taxatividade/determinação.

absoluta e exaustiva do mundo. A atividade de interpretar, na prática judiciária, é necessária diante dos imprevistos do dia-a-dia que não são resolvidos pelo simples texto normativo (BATISTA, 1984, p. 292).

Em contraponto ao princípio da taxatividade, como exigência do princípio da legalidade, o juiz, no Direito Penal brasileiro, não é um aplicador de justiça tarifada, já que não tem à mão um *vademecum* que lhe dê todas as soluções, terá que, em cada julgamento, não ficar limitado ao silogismo, mas dar um pouco de si, interpretando o tipo penal, criando a justiça para o caso concreto (HUNGRIA, 1942, p. 422). Ora, o magistrado não é mais a *õboca da leiõ*, pois é obrigado a complementar a lei vigente optando por um dos tantos sentidos legítimos que se pode extrair do enunciado normativo.

No Direito Penal, a preocupação quanto à interpretação dos magistrados aos tipos penais é acentuada, pois o direito à liberdade não pode ser mitigado, devendo-se buscar o ideal de certeza e segurança. Deve-se, então, buscar-se um modo de conter pronunciamentos contraditórios sem retirar do magistrado a possibilidade de interpretar o enunciado para o caso concreto. Há, com efeito, um desarranjo e desordem no que diz respeito aos critérios para garantir a segurança jurídica. Nos sistemas jurídicos da *common law*, é larga a experiência do respeito ao precedente, evitando pronunciamentos contraditórios. Para que se avance a um sistema jurídico mais justo, deve-se pensar em mecanismos de uniformização jurisprudencial para que o ordenamento jurídico seja aplicado com igualdade perante a lei e com segurança jurídica (RAMÍREZ, 2013, p. 1-3).

Ainda na análise da interpretação do enunciado normativo e sua ambiguidade, deve-se ressaltar que o intérprete, ao buscar como eram compreendidos os fatos e os motivos que levaram o legislador a formar sua opinião para redigir o enunciado normativo, está percorrendo o caminho da interpretação histórica. No entanto, assim procedendo está esquecendo-se que está em situação hermenêutica diversa e que o fato que será objeto da concretização do enunciado normativo *õocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigorõ*. Nesse ponto, poder-se-ia falar sem segurança jurídica do passado, do presente e do futuro. De toda sorte, na interpretação, quando o intérprete busca adequar o enunciado normativo aos tempos atuais, quando busca *õo significado jurídico da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado histórico, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgaõõoõ*, estará no caminho da interpretação evolutiva. O intérprete ao buscar o significado atual do enunciado

normativo expande o sentido e o alcance de aludido preceito, incorporando novos instrumentos de análise e descortina novos horizontes (COELHO, 2011, p. 65-69 e 71).

Ao interpretar-se progressivamente, quer-se dizer que o enunciado normativo terá aplicação a situações que, contempladas à luz do sentido linguístico natural, se encontram claramente fora de seu campo de referência. Assim se procede, estender o sentido do enunciado normativo, pelo fato de que houve uma formulação parcial, uma revelação incompleta, sob o argumento de que essa era a vontade do legislador, presumindo-se tal desiderato, mas é forçoso ter ele desejado o que é desejável para o próprio juiz (ROSS, 2007, p. 179-183).

Com efeito, a interpretação evolutiva atende aos progressos sociais, já que a atividade interpretativa pode ser considerada um prolongamento ou até mesmo uma fase do processo legislativo. E mais, ao longo dos séculos, juristas apresentam renovadas interpretações sobre textos antigos. Conclui-se, então, que as novas interpretações nada mais são do que a apresentação de elementos que originariamente já eram integrantes dos textos interpretados. Note-se que a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.

É de vital importância ressaltar que o processo de interpretação é uma constante. O entendimento sobre certo enunciado normativo contém o que representava à época de sua edição, mas também o que representa no presente. E mais, a alteração de uma interpretação sobre certo enunciado normativo não é correção de equívocos, mas, como na alteração legislativa, nada mais do que renovação decorrente de fenômenos de subjacentes transformações fáctico-axiológicas, ou seja, é o trabalho do intérprete que revalida o enunciado às necessidades sociais e, assim procedendo, reduz o descompasso entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas. A interpretação do enunciado normativo, de acordo com as transformações sociais, são fatores de atualização e regeneração da sua força normativa (COELHO, 2011, p. 41-50, 61-62 e 70-71).

Ressalta-se que ao intérprete, diante de um texto ambíguo, nasce a necessidade da compreensão de dois mundos, o mundo da experiência no qual o texto foi escrito e o mundo da experiência no qual está inserido o intérprete. Assim, na interpretação evolutiva, o exegeta une os dois mundos, ou seja, a compreensão vem a ser como uma evolução do limitado

horizonte histórico para um novo horizonte superador (DINIZ, 2002, p. 218-219). Em tal ponto, ao analisar-se a escola da exegese, a compreensão de um enunciado normativo pode parecer claro, no entanto, ao se consultar os comentários surgem dúvidas que levam o texto à obscuridade, citando como exemplo a questão da morte natural¹⁸⁷. O juiz deve buscar a interpretação mais razoável, a que permita a melhor solução, a mais equitativa ao caso particular, de acordo com o direito vigente, mas a escola da exegese se recusa a assim proceder (PERELMAN, 1998, p. 51-52).

Já no raciocínio judiciário, a interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redundará afigurar-se aceitável. Com efeito, o sistema não é fechado, novas leis são votadas e promulgadas, a jurisprudência e a doutrina mudam, embora de modo progressivo e raramente revolucionário. Ora, se assim é, conclui-se que o sistema sofre alterações progressivas e o juiz passa, com o influxo das novas situações sociais, a encontrar novas soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente motivadas e instauradoras da paz judicial (PERELMAN, 1998, p. 115-116). Importante lembrar que o texto solto nada mais é que um amontoado de palavras, um jogo linguístico. Assim, o enunciado normativo só ganha vida quando aplicado ao caso concreto, quando o intérprete realiza o direito e, para tanto, o adapta à realidade atual (NEVES, 2003, p. 190-195).

Em suas palavras A. Castanheira Neves enfatiza:

[...] vimos o aparecimento de uma como que essencial ambigüidade nas significações das normas-prescrições jurídicas e os seus sentidos nunca são unívocos, mas variáveis em função da problemático-situacional e pragmática e, [...] a realidade ou os casos concretos da sua aplicação não se vêem nelas perfeitamente determinados e plenamente identificados e representados. Estas conclusões que têm simplesmente como pressuposto, já aludido e decerto irrecusável, a função prático-judicativa do direito e assim a sua intenção normativa relativamente à sua realidade histórico-social e a matriz dos casos jurídicos decididos, que se constitui e evolui com autonomia perante o sistema de prescrições legais e as suas significações linguísticas e são base suficiente para compreendermos que a procura e a determinação do sentido das normas-prescrições jurídicas para o cumprimento daquela função prático-normativa do direito, em adequação problemático-decisória ou pragmática, exige uma particular actividade de contínua recompreensão e reelaboração do sentido das normas-prescrições [...] (sic) (2003, p. 194).

Destarte, retornando um pouco sobre a temática da interpretação evolutiva, não se pode esquecer que tal modo de interpretar é fundado no princípio da atualidade, mas tal técnica

¹⁸⁷ Relata-se que, com as novidades tecnológicas que permitem o transplante do coração de um indivíduo morto no corpo de outro, surgem dúvidas sobre manter o que se entendia por morte natural (PERELMAN, 1998, p. 51-52).

hermenêutica esvazia o princípio da irretroatividade¹⁸⁸ das leis, pois o Poder Judiciário lapida novos sentidos ao texto do enunciado normativo. Note-se que o texto normativo permanece o mesmo, da tolerância do Poder Legislativo ou pelo fato de que tal poder concorda com a hipótese, bem como pela simples razão de não ser provocado. Assim, o texto continua em vigor e, à revelia do Poder Legislativo, o Poder Judiciário evolui o texto em vigência aos contornos da atualidade (ANDRADE, 1987, p. 43-44).

É certo que o legislador, por vezes, no próprio enunciado normativo, já invoca do juiz a utilização de seus instintos, de sua experiência. Tal ocorre, por exemplo, quando o enunciado normativo não determina com precisão o estado de facto, mas remete para factores sociais, pois ao julgar o juiz utiliza, e deve utilizar, conhecimentos extra-jurídicos que constituem elementos ou pressupostos do raciocínio (sic) (FERRARA, 1987, p. 187). Destarte, não há como negar a atualização do enunciado normativo pelo intérprete, pois ou se aceita a intervenção do hermenauta, ou se decreta implicitamente a impunidade para a maioria dos delinquentes e contraventores (sic) (MAXIMILIANO, 2000, p. 220-324). Mas adverte Carlos Maximiliano:

[...] a exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nem de menos. Em uma palavra, será declarativa, na acepção moderna do vocábulo [...] (MAXIMILIANO, 2000, p. 220-324).

Portanto, admitindo-se a interpretação extensiva, a mobilidade hermenêutica, a exegese extensiva por força da compreensão, deve o intérprete se ater ao meio termo, qual seja, utilizar-se dos processos hermenêuticos para encontrar o espírito do dispositivo, mas não indo além das expressões da lei, pois assim, o intérprete adaptará o texto do enunciado normativo à época de sua aplicação, atendendo aos fatores sociais, bem como às novas teorias, pois todo direito é vivo, dinâmico (MAXIMILIANO, 2000, p. 325-326).

6.6 A hermenêutica nos julgamentos pelo Poder Judiciário

A função do magistrado, como intermediário entre o enunciado normativo e o caso concreto, é vinculada. É o magistrado o executor do estabelecido pelo legislador, sendo que sua

¹⁸⁸ Princípio Constitucional - Artigo 5º, XL, da Constituição Federal a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

função é aplicar o direito (FERRARA, 1987, p. 111). Ele constrói a decisão partindo do texto amoldando-o ao fato posto (NEVES, 2003, p. 190). É uma função complementar, pois:

[...] a tarefa da interpretação é a de concretização da lei em cada caso, o que é também tarefa da aplicação. A função de complementação produtiva do direito, que nela [na interpretação] acontece está, desde logo, reservada ao juiz, o qual está, todavia, sujeito à lei, exatamente do mesmo modo que todo membro da comunidade jurídica [...] (DINIZ, 2002, p. 225).

Mas a vinculação do intérprete à lei depende da lei, ou seja, os enunciados normativos abertos redundam em menos vinculação, pois há de se complementar o texto. Em situação oposta, quando o enunciado é preciso, pode-se esperar maior vinculação e, por consequência, maior segurança jurídica (HASSAMER, 2005, p. 242). No entanto, é necessário divisar a atuação do intérprete comum da atividade do magistrado. Na filosofia procura-se uma justiça *in abstracto*, buscando-se um ideal, enquanto que o magistrado imerge no mundo *in concreto*. O magistrado ãexperimenta quotidianamente o mal, a crueldade dos homens, a resistência dos factos, o carácter perecível da cidade política, a fragilidade das provas e a exclusão da verdadeö.

Com efeito, ão juiz delibera apenas sobre casos particulares envolvendo homens de carne e osso, enquanto que o jurista trata os problemas do direito abstraídos da sua dimensão humanaö (GARAPON, 1997, p. 18-19). No ato de decidir, o magistrado ãinterpreta as circunstâncias fáticas, os valores sociais e os enunciados jurídico-prescritivosö (ALVES JR, 2010, p. 143). Nesse ponto, pode-se afirmar que não há certeza de como se interpretar o enunciado normativo, pois as regras existentes não são capazes de determinar resultados; as regras nada mais são do que ãofertas desejáveis e legitimadoras de resultadosö, o que, por certo, gera insegurança jurídica (HASSAMER, 2007, p. 12). Com o magistrado não é diferente, já que, no ato de julgar, ele carrega o ato com os valores adquiridos em sua experiência de vida (ALVES JR, 2010, p. 94, 143 e 146).

Ora, interpretar é um ato mental que fixa o sentido da norma aplicada ao caso concreto, ou seja, o conteúdo que será atribuído ao enunciado normativo. O intérprete pode ser um cidadão, que necessita saber qual o sentido e o conteúdo do enunciado normativo para observá-lo, para não sofrer sanção. Mas também é intérprete o cientista que descreve o direito positivo e, por fim, o magistrado que interpreta o enunciado ao aplicá-lo ao caso concreto. A tarefa do magistrado é, na aplicação do enunciado normativo, uma continuidade do processo de determinação do sentido e conteúdo e, havendo ãpluralidade de significações de uma palavraö, o intérprete, que aplicará o texto legal ao caso concreto, encontrará ãvárias significações

possíveis, ou seja, a interpretação exarada por tal intérprete é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. Nítido, pois, qualquer que seja a interpretação realizada, é um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto (KELSEN, 2011, p. 389-392).

O tipo penal é, por sua natureza, abstrato, flexível e adapta-se à realidade da vida que é mutante. Assim, a expressão de tal mutação é encontrada nas novas interpretações que os magistrados elaboram para o caso concreto. Nesse sentido afirma-se que:

[...] a evolução jurisprudencial em torno da interpretação de uma mesma norma, a qual se mantém literalmente inalterada no tempo, atua no campo do conceito que significa o objeto e no campo semântico mais amplo, que pode colher diferentes possibilidades conotativas [...] (DERZI, 2007, p. 112).

Assim, o tipo penal contém referências a objetos, sendo que tais referências são abertas e flexíveis, adequando-se à realidade na interpretação do caso concreto realizada pelo juiz (DERZI, 2007, p. 114). Em que pese relatos de que a sentença do magistrado é resultado do simples silogismo, interpretar um enunciado normativo é indicar o significado da diretiva do texto elaborado pelo legislador, é expor como o magistrado aplicará o enunciado ao caso concreto. A interpretação do direito vigente redonda em uma interpretação vigente, ou seja, aquela que recebe adesão dos tribunais. Há assim, uma previsão de como o enunciado é aplicado ao caso concreto, no entanto, uma previsão desse tipo pode apoiar-se em precedentes. Nesse caso o pronunciamento referente à interpretação pode ser equiparado aos pronunciamentos acerca do direito vigente (ROSS, 2007, p. 135-136).

Em um sistema no qual a lei é a fonte predominante do direito, a interpretação busca descobrir o significado da lei e a sustentar que os fatos dados são abarcados por ele ou não. O enunciado normativo, sendo um texto, expressa uma forma linguística escrita que possui significados que designam (querem dizer) ou apontam para algo que é distinto deles mesmos. No entanto, o significado do texto escrito só terá sentido dentro de um contexto, ou seja, descobrindo-se qual a referência, se descobrirá o campo correspondente à palavra.

As palavras, em sua maioria, não contêm campo de referência único, o que gera uma incerteza e insegurança jurídica quanto a seu significado, ou seja, são as palavras ambíguas por natureza, cujo significado só poderá ser obtido quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida. No entanto, mesmo dentro de um contexto, por ser ambígua, o resultado da interpretação da palavra escrita não é preciso ou isento de ambiguidade, pois

há problemas sintáticos, lógicos e semânticos, buscando-se, com a interpretação, descobrir significado bom ou razoável que se harmonize com aquele que o contexto e a situação indicam como *taiso* (ROSS, 2007, p. 135-141 e 143-151).

Assim, o ato do magistrado é um ato de vontade, pois ao decidir não faz simplesmente compreender o significado da lei frente ao fato concreto. Com efeito, a inevitável imprecisão das palavras fazem com que, frequentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei. Há, sim, uma insegurança jurídica em tal sistema. Em tal caso, a interpretação pode conduzir a aplicação ou não do texto do enunciado normativo. Assim, o magistrado faz uma escolha mediante sua valoração e, nessa medida, é um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento. Esse ato de construção, do magistrado, vem carregado dos valores pessoais, com os valores sociais, fazendo com que sua decisão, no seu entender, seja a correta de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural, já que, na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta, mas também como justa e socialmente desejável.

Não se pode deixar de se enfatizar que o magistrado, ao decidir, leva em consideração dois fatores, ou vetores dominantes. O primeiro a consciência jurídica formal (a Lei) e, o segundo, a consciência jurídica material (a Justiça). Destarte, o magistrado apresenta suas conclusões de modo a aparentar que não deixou a lei de lado, mas, na realidade decidiu de acordo com sua função criadora; trata-se de uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade (ROSS, 2007, p. 166-169).

Fica cristalino que o magistrado é influenciado pelo texto da lei, pelas considerações pragmáticas e pelo fato que avalia, proferindo sua decisão com uma fachada, ou seja, como se fosse a aplicação da lei.

Neste sentido, ressalta-se a seguinte conclusão:

[...] se o juiz se limitar a aplicar a lei aos claros casos referenciais, se manterá preso às palavras literais da lei, atitude que possivelmente se liga à rejeição de uma concebível restrição dela, para o que aplica por analogia outras normas jurídicas. Por outro lado, se o juiz desejar tomar uma decisão que se situa na zona duvidosa da regra (interpretação especificadora), ou que, inclusive é contrária ao significado linguístico natural (interpretação restritiva ou por extensão) buscará apoio para o resultado desejado onde quer que possa encontrá-lo [...] (ROSS, 2007, p. 182).

Destarte, o magistrado, quando interpreta o enunciado normativo, atuará com objetividade dentro da lei quando sua decisão se expressar dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática, ou seja, justa em sentido objetivo. Será, por outro lado, injusta quando se afastar do sentido comumente expressado pela prática (ROSS, 2007, p. 331).

Há, com efeito, um problema no que diz respeito aos critérios para garantir a segurança jurídica. No sistema jurídico da família da *civil law*, apregoava-se que uma das grandes conquistas, no que concerne à segurança jurídica, foi a codificação que acarretou a unificação do sistema jurídico. A codificação foi a expressão máxima do positivismo científico em matéria jurídica. A pretensão da codificação era a de centralidade, pois sendo unificador e completo propiciaria a estabilização do direito. Note-se que se pretendia a regulação específica, subjetiva, a cada pormenor, pois, sem tal método, entendia-se que não havia bom direito.

No entanto, com o passar dos anos, a pretensão não se realizou, já que o sistema, com a velocidade das transformações, a criação contínua de novos institutos, bem como um contexto político-jurídico diverso do espelhado nos códigos, passou a apresentar respostas insuficientes, ou seja, o sistema já não contemplava a centralidade, unidade, completude, previsibilidade exaustiva que se esperava. Destarte, o sistema codificado perdeu sua primazia e, assim, por consequência, implicou a perda de superioridade autoritária de que desfrutava a lei na hierarquia das fontes jurídicas (PAGANINI, 2010, p. 129-133).

Ainda sobre tal argumento, no contexto do positivismo, a lei contém o necessário para o sistema jurídico da *civil law*, bastando que o Poder Judiciário interprete as leis para resolver os litígios e trazer paz social. Entretanto, com a nova realidade exigida pela teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, de conteúdo aberto e indeterminado e conteúdo moral, é possível afirmar que o Poder Judiciário não tem os limites que outrora eram estabelecidos nos textos escritos. E, assim, não havendo mais os limites que o positivismo pregava, passou-se a ter insegurança jurídica, pois não existem mais limites predefinidos para a atividade interpretativa, razão pela qual as decisões das cortes brasileiras devem ser o norte para garantir a segurança jurídica.

Retornando ao ponto do positivismo mencionado acima, no sistema da *civil law*, a preocupação sempre foi tornar o sistema jurídico completo por meio das leis e dos códigos no intuito de que as regras fossem conhecidas por todos e possibilitar a previsibilidade e segurança

jurídica. Tal não ocorre no sistema jurídico da família da *common law*, pois a preocupação sempre foi com a racionalidade e, assim, por meio das decisões judiciais garantir coerência e em consequência garantir a segurança jurídica.

O respeito às decisões judiciais, no sistema da *common law*, é um elemento de estabilidade que se traduz numa atividade de construção normativa voltada para a segurança jurídica. Já na *civil law*, modernamente, ainda que se tenha códigos e leis escritas, não é possível uma definição a *priori* desses direitos, bem como não é possível prever qual será o resultado da interpretação. Tal estado de insegurança não pode prevalecer, pois a certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria construção do Estado Constitucional Liberal (BARBOZA, 2014, p. 231-236).

Sobre a importância da segurança jurídica, na *civil law*, ressalta-se que:

[...] o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo que eles possam programar ações futuras [...] (BARBOZA, 2014, p. 236).

Desse modo, haverá segurança jurídica quando o sistema propiciar previsibilidade e igualdade, pois o cidadão tem crença no direito e conhece o direito vigente, ou seja, está confiante em agir, estabelecer relações nas quais a aplicação das normas do direito se realiza. Há, assim, uma evolução em andamento no direito brasileiro, necessária, pois não importa qual o sistema jurídico, *civil law* ou *common law*, já que a tendência é a de que os tribunais considerem os precedentes, o que é plenamente justificado pela necessidade de estabilidade e previsibilidade (BARBOZA, 2014, p. 236-237).

A valorização da segurança jurídica, em um sistema jurídico, é de suma relevância na teoria dos precedentes, de modo que propicia a previsibilidade das relações judiciais e a estabilidade da ordem jurídica. O valor conferido à segurança jurídica, no sistema penal e processual penal brasileiro, é importante, ao lado do princípio da legalidade e da anterioridade da lei penal, pois é impossível imaginar-se um regime democrático no qual a sociedade não tenha o mínimo de previsibilidade dos comportamentos do Estado e dos cidadãos. A segurança jurídica, na teoria dos precedentes, é, assim, considerada um valor fundamental. Pode-se afirmar ainda que é um valor que ultrapassa fronteiras de poder, pois a segurança jurídica pode e deve ser enxergada tanto sob a ótica dos atos oriundos do Executivo como do Legislativo e do Judiciário (LIMA, 2013, p. 159-162).

Assim, sob a ótica do Poder Judiciário, a segurança jurídica traz a necessidade de que a prestação jurisdicional se apresente para garantir a tutela da confiança do cidadão. Ora, uniformidade do direito e reiteração de decisões judiciais sobre um tema redundam em previsibilidade e, portanto, segurança jurídica. Com efeito, divergências jurisprudenciais infundáveis sobre um tema são prejudiciais ao sistema, aos juristas e ao destinatário final que é o jurisdicionado. As divergências causam imprevisibilidade o que, por sua vez, acarretam a desconfiança, a descrença, as dúvidas de tratamento anti-isônomico e, assim, a instabilidade ao sistema jurídico. Não possuir uniformidade de tratamento e manter-se constantes divergências jurisprudenciais demonstra uma fraqueza interna do judiciário e que o desautoriza perante a sociedade.

Portanto, a segurança é um bem valioso e deve ser fomentada, pois muitos comportamentos da sociedade são balizados em decisões judiciais e, destarte, o sistema jurídico não pode sofrer constantes mutações legais e jurisprudenciais. E mais, o jurisdicionado tem a expectativa de que receberá tratamento idêntico ao outro jurisdicionado que se encontra em situação similar. Isso propicia não só legitimidade ao sistema jurídico como também segurança jurídica. A mencionada expectativa advém da previsibilidade, pois é possível que o fato judicializado pode ter sido praticado apenas por consequência de uma pretérita orientação judicial (LIMA, 2013, p. 164-166).

Neste sentido, afirma-se que a:

[...] estabilidade é sinônima de segurança, continuidade, duração prolongada. É isso, pois, que se espera das decisões judiciais sobre temas gerais e repetitivos. A jurisprudência é reflexo de toda a ordem jurídica, de modo que a mudança repentina e brusca do Direito judicial prejudica sobremaneira as instituições jurídicas, levando à incredulidade por parte do cidadão [...] (LIMA, 2013, p. 167).

Destarte, é cristalino que a segurança jurídica só pode ser alcançada se houver uma razoável continuidade da norma judicial, pois só assim a sociedade se adapta, molda seus comportamentos ao entendimento consagrado pelos tribunais (LIMA, 2013, p. 167). Assim, pode-se afirmar que a teoria dos precedentes pode alterar o panorama dos direitos penal e processual penal brasileiro. Entretanto, é necessário registrar que não é possível exercer um ativismo judicial¹⁸⁹ pela via do precedente judicial para criar tipos penais, ainda que diante da omissão do Poder Legislativo (ALVES JR, 2015, p. 18).

¹⁸⁹ O ativismo judicial significa a atribuição constitucional que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, mas que estejam sendo inviabilizados por injustificadas omissões

Respeitar o precedente, portanto, é uma necessidade do direito brasileiro. De outro lado, a segurança jurídica é alcançada pela manutenção das situações jurídicas, o que se alcança pela uniformidade e estabilidade das decisões judiciais (BARBOZA, 2014, p. 241). Nos sistemas jurídicos da *common law*, é larga a experiência do respeito ao precedente, evitando pronunciamentos contraditórios. Para que se avance a um sistema jurídico mais justo, deve-se pensar em mecanismos de uniformização jurisprudencial e respeito aos precedentes para que o ordenamento jurídico seja aplicado com igualdade perante a lei e com segurança jurídica (RAMÍREZ, 2013, p. 2-3). Atualmente, a tendência prática para garantir a segurança jurídica é obtida pela análise da jurisprudência e pelos precedentes de caráter persuasivos ou vinculativos que, de certa forma, indicam o caminho que o magistrado deve seguir, no primeiro caso e, no segundo, vinculam o caminho.

Assim, pode-se afirmar que tanto o magistrado da *common law* quanto o da *civil law* criam e moldam o direito no ato de interpretar, ou seja, não suposta diferença entre o juiz do *common law*, livre para construir novas soluções para novos casos, é amplamente imaginária. Com efeito, o juiz do *civil law* também cria e molda o direito, embora pareça que está somente aplicando o código (KELLY, 2010, p. 537). Portanto, há de se manter um campo para o intérprete desempenhar sua atividade, ou seja, atuar dentro da moldura. No entanto, mesmo assim há de existir uma controlabilidade, pois do contrário estaria-se na seara da insegurança jurídica. Quando se adentra na seara da controlabilidade, logo vem à mente a questão da taxatividade do enunciado normativo o como visto acima o quer-se dizer, é necessária para garantir a transparência e o controle da atuação do intérprete. No entanto, a norma não pode ser entendida sem a imaginação das circunstâncias às quais ela deva ser adequada (HASSAMER, 2007, p. 6-17).

Um sistema jurídico que almeja segurança jurídica deve propiciar ao cidadão saber qual regra é válida e qual o seu alcance. Na interpretação realizada pelo magistrado, devido ao princípio da legalidade, o ponto de partida é o texto do enunciado normativo. A decisão é declarativa¹⁹⁰ e retroativa, pois diz respeito a fatos passados, isso não quer dizer que é uma decisão imprevisível. Para haver segurança jurídica, há de existir no mínimo uma previsibilidade relativa que estará presente quando for possível prever um número reduzido de alternativas decisórias. Tem-se um número reduzido de variáveis decisórias quando a

inconstitucionais normativas ou governamentais do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (ALVES JR, 2015, p. 20).

¹⁹⁰ Sabe-se que existe posicionamento doutrinário de que a decisão teria caráter constitutivo.

jurisprudência¹⁹¹ atentar para o princípio da igualdade, fazendo com que o próprio tribunal se autolimite quanto a alterar o sentido de uma interpretação, ou seja, tratará situações iguais de acordo com seus próprios precedentes (ÁVILA, 2012, p. 626-627).

Conforme a seguinte assertiva:

[...] a lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus termos. Portanto, ainda que cada caso seja um caso, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento, dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato [...] (ÁVILA, 2012, p. 627).

Assim, pode-se afirmar que a hermenêutica e as regras de interpretação são universais e que a hermenêutica jurídica tem certa peculiaridade, qual seja, a da imposição pragmático-autoritária para por fim ao conflito exegético. Todo texto normativo carece de interpretação, por mais claro que pareça, já que, de acordo com o plano contextual, várias significações podem surgir, não se concebendo mais validade ao antigo adágio *in claris cessat interpretatio*.

A hermenêutica apresenta métodos para se buscar significações possíveis e razoáveis ao enunciado normativo, mas repita-se, possíveis, já que nenhum método pode garantir correção no ato de interpretar. As formas de interpretação (literal, lógica, restritiva e extensiva) trazem ao intérprete um norte a seguir. Há uma preocupação quando a interpretação apresenta um distanciamento entre o fato e o enunciado normativo. Em específico à interpretação extensiva, não se duvida que é aceita no Direito Penal brasileiro, uma vez que interpretar é a arte de criar e completar o texto elaborado pelo legislador, pois há uma imperfeição natural e os enunciados penais são abstratos e amplos. A justificativa, para se aceitar a interpretação extensiva, consiste no fato de que o sentido e o alcance do enunciado normativo variam de acordo como passar dos anos ó com a evolução social. Ora, na interpretação dos enunciados normativos fechados, há uma *pseudo*¹⁹² segurança no processo de subsunção, sendo que, nos enunciados normativos, com termos ambíguos e vagos, há margem para o subjetivismo, o que também ocorre com os enunciados penais abertos.

Constata-se que os magistrados decidem criando, na decisão do caso concreto, uma norma a partir do texto normativo ó a lei ó que o vincula. No entanto, tal vinculação não o

¹⁹¹ Neste ponto a teoria dos precedentes tende a trazer mais segurança diante da vinculação das decisões.

¹⁹² Digo *pseudo*, pois foi visto que todos os enunciados normativos, ainda que fechados, podem ter vários significados possíveis.

impede, diante das circunstâncias fáticas e dos valores sociais, de adequar a lei ao caso em julgamento, inclusive carregando a decisão com seus pré-juízos e valores pessoais. A atividade do magistrado é completar o texto elaborado pelo legislador, adequando-o ao caso concreto, aproximando o texto da lei à realidade, pois o tipo penal é geral e abstrato, sendo mutável de acordo com a época que é aplicado. Mas, tal tarefa deve ser controlada para se evitar o arbítrio.

Portanto, pode-se afirmar que o legislador descreve condutas ó que visa proibir ó de forma pormenorizada ou não, nascendo o problema da interpretação extensiva do Direito Penal nos enunciados vagos e ambíguos. Neste caso, pode-se afirmar que ocorrerá um esforço do intérprete para complementar o tipo penal deficitário semanticamente, podendo ocorrer casos de insegurança jurídica, já que não há previsibilidade, não se sabe qual será a vertente interpretativa que será aplicada pelo magistrado.

É interessante frisar que, em todos os sistemas jurídicos, da *civil law* e da *common law*, se busca a certeza e a segurança jurídica. Da mesma forma, pode-se ressaltar que, em todos os sistemas, há uma zona de dúvida na aplicação do direito e, assim, sempre há a imprevisibilidade¹⁹³. Constata-se, infelizmente, que nos processos a ideia de certeza e segurança jurídica não é a motivação principal, notando-se que mencionada ideia é relegada a segundo plano, maltratada ou quebrada.

É fato, portanto, que há dúvidas e incertezas, nos sistemas jurídicos de ambas as famílias do direito mencionadas no capítulo dois, fazendo com que a insegurança jurídica apareça. Mas não se pode olvidar que não é possível, em um sistema jurídico, seja qual for, existir a plena certeza e a absoluta segurança jurídica. Por óbvio que a certeza e a segurança jurídica devem ser a motivação, o objeto da essência do direito, mas repita-se, òla certeza y la seguridad que le pedimos ao Derecho solamente puede ser una certeza y seguridad parciales y relativasö (SICHES, 1956, p. 270-271).

O direito, portanto, entra na vida humana para trazer segurança jurídica e certeza para as relações sociais. Busca-se como ideal, mas a existência de dúvidas e uma margem de incerteza é necessária para a adaptação e o desenvolvimento do direito, õpara que pueda ir progressando en el sentido de un mayor acercamiento a las exigencias de la justiciaö. A segurança jurídica e a certeza são, assim, o objetivo dos homens que criam o direito, mas

¹⁹³ O que se pretende com as regras hermenêuticas e se pretende com a técnica dos precedentes é reduzir ao máximo a insegurança causada pela imprevisibilidade.

advirta-se, o direito deve ser estável, mas não invariável, logo, encontra-se uma antinomia entre segurança jurídica e mudança do direito em decorrência das alterações sociais. Portanto, deve-se buscar a segurança jurídica e a certeza em um sistema jurídico, mas é ilusão crer em certeza e segurança jurídica absoluta como sustentava a doutrina legalista do direito e da concepção mecânica da função judicial (SICHES, 1956, p. 272-291).

Neste contexto, há semelhanças entre os sistemas jurídicos das famílias da *civil law* e da *common law*¹⁹⁴, mormente no que diz respeito à segurança jurídica, pois qualquer ordenamento jurídico tem que a resguardar como valor fundamental. A título de exemplo, pode-se citar a existência da coisa julgada¹⁹⁵ que garante a estabilização do caso concreto e mais, garante a imutabilidade da decisão judicial. Modernamente, com o intuito de prestigiar-se a segurança jurídica, a teoria dos precedentes, com sua força vinculativa e obrigatória, é instituto de elevada importância para a concretização da almejada segurança jurídica, de modo que induz previsibilidade ao sistema jurídico (CÔRTEZ, 2018, p. 294-296).

6.7 Considerações parciais

Pretendeu-se inicialmente comprovar que, no sistema jurídico da família da *civil law*, a insegurança jurídica ocorre devido aos textos normativos propiciarem uma gama enorme de interpretações possíveis, bem como pela alteração constante do entendimento jurisprudencial, o que acaba por não dar ao cidadão e aos intérpretes a previsibilidade necessária ao sistema jurídico.

A insegurança jurídica é prejudicial a todos os ramos do direito, em especial ao Direito Penal brasileiro, pois, em um modelo penal garantista, deve-se ter previsibilidade e certeza quanto ao modelo penal incriminador, o tipo penal. Neste aspecto, como foi visto, não é possível haver direito sem segurança jurídica, no sentido de que o Poder Judiciário deve se afastar de alterações abruptas de jurisprudência, deve seguir os precedentes e, assim, deve ser moderado na modificação do entendimento sedimentado nos precedentes.

Definir segurança jurídica é tarefa difícil, no entanto, do que se observou, é necessário ter igualdade. Foi visto também que a segurança jurídica e suas nuances no sistema revelam a necessidade de previsibilidade e calculabilidade, pois há uma desconfiança, no Poder

¹⁹⁴ Capítulo 2 ó Os sistemas da *civil law* e da *common law*.

¹⁹⁵ Tema tratado no Capítulo 8 ó A coisa julgada no direito penal e processual brasileiro na teoria dos precedentes.

Judiciário, que não apresenta uniformidade na interpretação das leis e também por apresentar constantes alterações sobre o modo de aplicar o direito.

Quanto ao ato de interpretar do Poder Judiciário, constatou-se que o ato do magistrado é um ato de vontade, pois ao decidir não faz simplesmente compreender o significado da lei frente ao fato concreto. O magistrado faz uma escolha mediante sua valoração e nessa medida constrói a norma, não sendo puro ato de conhecimento. A decisão é, portanto, aquela que o magistrado entende por correta e justa de acordo com o texto da lei e de sua tradição jurídica, mas sempre buscando a justiça social desejada. Mas, assim sendo, há insegurança jurídica, pois, a interpretação pode conduzir para a aplicação ou não do texto do enunciado normativo. Não se pode esquecer que o magistrado é guiado pelo texto da lei, mas por vezes profere decisão, utilizando-se de processos hermenêuticos com uma fachada, ou seja, como se fosse a aplicação da lei.

Tal procedimento (fachada) é permitida pela estrutura dos tipos penais abertos, pois, ainda que se empenhe em aplicar as regras de hermenêutica, não há como prever quais serão as possíveis interpretações, acarretando insegurança jurídica. Destarte, notou-se a falta de confiança no Poder Judiciário pelo fato de que não há previsibilidade na aplicação do texto da lei, já que não se sabe seu sentido e seu alcance, e mais, há ainda desconfiança pela alteração constante na jurisprudência, não havendo como ter segurança jurídica em um sistema com volatilidade alta e constante.

Ao cabo, pode-se afirmar que há falta de segurança jurídica, no sistema da *civil law*, em específico, no Direito Penal brasileiro. Tal insegurança decorre, inicialmente, pela lei semanticamente aberta, mas também pela volatilidade das decisões judiciais sobre o mesmo tema. Assim, adotar a teoria dos precedentes pode garantir maior segurança jurídica, pois reduz o âmbito de interpretação concedido pelas regras da hermenêutica, fazendo com que haja previsibilidade e segurança jurídica.

Um ponto essencial que foi abordado é a evolução do direito e, neste diapasão, afirmou-se que a adoção da teoria dos precedentes, para garantir a segurança jurídica, não implica dizer que o direito será engessado, imutável. Ora, em capítulo anterior¹⁹⁶ foi visto que é possível afastar ou superar o precedente vinculante quando o objeto não for semelhante ou quando o ele estiver em descompasso com a realidade social e jurídica. Assim, um instrumento que é um

¹⁹⁶ Capítulo 3 ó O precedente na literatura.

importante aliado à teoria dos precedentes é a possibilidade da modulação dos efeitos da nova tese imposta pelo precedente em caso de superação da regra anterior. A modulação confere maior segurança jurídica, pois as cortes de precedentes poderão determinar, por exemplo, que os efeitos da sentença se restringem a dali em diante, não retroagindo para envolver situações jurídicas do passado.

Ora, o sistema jurídico é fechado pela existência das regras vigentes, mas, ao mesmo tempo, é aberto em decorrência das influências que recebe. Ao incorporar influências, há a possibilidade de alteração das regras vigentes, ou seja, o passado é tão aberto quanto o futuro, de modo que o fato de um tribunal se manifestar a respeito de um assunto reiteradas vezes, no mesmo sentido, não significa que ele não possa mudar de entendimento. As alterações, portanto, podem ser em decorrência da superação do precedente, como visto anteriormente, uma superação necessária, mas deve-se respeitar a segurança jurídica e, assim, a modulação dos efeitos é fundamental (RIBEIRO, 2015, p. 79-80).

Finalizando, constata-se que é problemática a existência de tipos penais abertos, pois causam insegurança jurídica, ainda que se utilizando dos métodos hermenêuticos. Neste aspecto, a insegurança jurídica da *civil law*, no sistema brasileiro, decorre da falta de previsibilidade na interpretação pelos processos hermenêuticos, bem como decorre de uma jurisprudência inconstante. Por derradeiro, pode-se concluir que a insegurança jurídica, no sistema brasileiro da *civil law*, gerada na interpretação dos enunciados normativos abertos, que possibilitam várias vertentes de resultados possíveis, pode ser superada pela adoção da teoria dos precedentes, já que se reduz a incerteza e pode possibilitar previsibilidade ao sistema jurídico.

A adoção da teoria dos precedentes reduz consideravelmente a insegurança jurídica e a incerteza no direito trazendo previsibilidade ao sistema jurídico, haja vista que pelos métodos hermenêuticos, até então aplicados, não se sabe qual o sentido e o alcance do enunciado normativo e mais, quando se sabe, não se sabe se tal sentido e alcance será o mesmo quando da aplicação do mencionado tipo penal ao caso concreto e, com a adoção do precedente vinculante há uma certeza do sentido e alcance do tipo penal, bem como há a certeza de que a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*) ocorrerão de forma a garantir os direitos estabelecidos pela regra vigente ao tempo do fato concreto.

7 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DOS PRECEDENTES

O direito processual penal tem o condão de regular a atividade do direito penal (BELING, 1943, p. 01). Trata-se aquele do direito adjetivo, enquanto que este é o direito substantivo. A norma adjetiva penal é de suma importância em um sistema jurídico, pois o direito é um atributo das pessoas e os direitos individuais à segurança, à locomoção e ao julgamento justo são inerentes ao pacto político das nações. Diante de tal pacto, o Poder Judiciário é o que assegura a realização dos direitos individuais (ALMEIDA JÚNIOR, 1901, p. 1-2).

Na tradição histórica do direito das famílias da *civil law* e da *common law*, a diversidade não se restringe às regras do direito (*substantive law*). Ora, diante da existência de um sistema fechado (*civil law*) e de um sistema aberto (*common law*), diferenças também se apresentam na seara processual (*adjective law*). No desenvolvimento do direito da *civil law*, o processo é regido por códigos, enquanto que, na *common law*, há os regimentos (*rules of the Supreme Courte* e *rules Commitee*) e mais, as diferenças não se encerram em tal pormenor, pois, nos países da *civil law*, ãa mesma jurisdição nunca pode conhecer ao mesmo tempo de uma ação cível e de uma ação penal¹⁹⁷ enquanto que no direito da *common law*, ao contrário do que ocorre na *civil law*, o processo civil pouco se distingue em sua essência do processo penal.

O direito processual penal do sistema da *common law*, por volta do século XVIII, começou a se transformar e atualmente é orgulho dos ingleses por ser ãa um direito processual profundamente renovadoö que melhorou a situação dos acusados, como, por exemplo, o direito de se calar, de que o interrogatório não pode ser abusivo, da paridade de armas no processo e a inadmissibilidade de provas não obtidas õconforme a justiça e à lealdadeö (DAVID, 2006, p. 35-36, 45-47 e 52-54).

¹⁹⁷ É importante salientar que no Brasil há uma tendência, ainda que tímida, de que o juiz penal também resolva questões cíveis, como, por exemplo, a previsão do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal que traz a possibilidade de o juiz, na sentença penal, fixar um valor mínimo de indenização material à vítima. Nesta linha de evolução do direito brasileiro, recentemente o Superior Tribunal de Justiça definiu tese no sentido de que o juiz, além de fixar a indenização mínima por danos materiais, poderá também fixar uma indenização por danos morais (STJ ó Tema 983 ó ãNos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatóriaö).

Neste passo, o Poder Judiciário exerce seu poder para assegurar direitos nas relações sociais, sendo que o processo penal traz um complexo das normas da justiça criminal. Na justiça criminal, o processo penal enfrenta grandes dificuldades em compatibilizar, com suas regras, leis e princípios, a conservação da ordem na sociedade com a liberdade individual. Com efeito, as formalidades processuais são garantias dos direitos individuais, ou melhor, são regras práticas pelas quais se busca aplicar os princípios constitucionais e, assim, compatibilizar o interesse estatal e os direitos e garantias individuais (ALMEIDA JÚNIOR, 1901, p. 3-5).

No presente capítulo, pretende-se analisar a incidência da teoria dos precedentes no direito processual penal, ou seja, se os precedentes judiciais podem estabilizar as divergências penais e processuais penais existentes no atual sistema com a aplicação das regras previstas no novo Código de Processo Civil. Partindo-se da premissa da existência de uma teoria geral do processo, o regramento previsto, no novo Código de Processo Civil, é uma regra que tem incidência não só no âmbito civil, mas em todas as demais áreas do direito, inclusive no direito processual penal e, desta forma, aplicando-se a teoria dos precedentes, as divergências interpretativas nos direitos penal e processual penal são reduzidas, garantindo-se maior segurança jurídica com a redução da incerteza no direito.

Para tanto, é realizada uma análise do direito processual penal em suas nuances estabelecidas pela literatura, na incidência da Constituição Federal brasileira e seus reflexos, bem como na comparação da legislação adjetiva civil e penal. Por fim, como ponto central da análise, apresenta-se a teoria dos precedentes para os direitos penal e processual penal.

7.1 O direito processual penal

Os vetores principais da justiça criminal são o direito substantivo (Direito Penal) e o direito adjetivo (Direito Processual Penal), além das legislações extravagantes, tanto penal como processual. Destarte, o primeiro é a alma, o segundo o corpo. A respeito entende-se por processo penal, o modo, ou antes, os diversos modos pelos quais a lei regula o andamento das ações criminais, e, juntamente, os atos da justiça pública, no juízo criminal, com o fim de conseguir o descobrimento da verdade (ACOSTA, 1984, p. 7-9).

O direito processual penal é conduzido pelo Estado que possui o dever de zelar pela paz social e, neste contexto, aos órgãos judiciários foi incumbido para tal mister (ACOSTA, 1984, p. 11). No entanto, atualmente, os direitos penal e processual penal brasileiros são norteados

pela Constituição Federal de 1988 que é dirigente¹⁹⁸ no que diz respeito aos direitos e garantias individuais e, assim, é o norte a seguir, ou melhor, toda e qualquer interpretação da norma substantiva e adjetiva penal deve ser conforme a Constituição.

Mas o que é o processo? Defini-se comumente como um conjunto de atos praticados no exercício da jurisdição. Pode ainda ser definido como um conjunto de atos praticados pelo *trium personarum*, vale dizer: o juiz, o autor e o réu. Tais atos são praticados com o intuito de compor a lide para a formação de imperativos jurídicos. Portanto, em sendo um conjunto de atos, o processo ocorre na sucessão coordenada, ou seja, por um procedimento regular. Enfim, afirma-se que o processo é um conjunto de atos que se desenvolve pelo procedimento regular, coordenados e encadeados no intuito de compor a lide (MARQUES, 1980, p. 20-21).

Nesse sentido, o processo é essencial para que se possa impor pena, já que o Estado passou a ter o monopólio do *ius puniendi*. Assim, é pelo processo que se busca a verdade do passado e se impõe pena. A imprescindibilidade do processo está ligada diretamente à prova da acusação, pois só assim é possível impor-se pena. Destarte, é o processo instrumento que o Estado dispõe para exercer a jurisdição, ou seja, o processo materializa-se na tentativa de reconstrução da verdade como escopo de se aplicar corretamente o direito ao caso concreto. A prova produzida no processo, como já dispunha o Livro III, Título 63, das Ordenações Filipinas, é o farol que deve guiar o juiz em suas decisões. O direito processual penal é importante, pois é nele que ocorre o exercício do *due process of law* como preconiza a Constituição Federal de 1988 em seu inciso LIV do artigo 5º (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 264-266).

O direito processual penal é do ramo do direito público e regula a atividade do Estado no exercício da tutela penal. É parte do ramo da ciência jurídica que possui princípios, institutos e normas para a administração da justiça em matéria penal. No entanto, ao estudar a teoria do processo penal, depara-se com uma teoria geral do processo que informa a este em todas as suas espécies, pois toda teoria do processo é filiada à teoria geral do processo. Com efeito, o exercício da jurisdição pelo Estado, no intuito de compor litígios, está vinculado ao processo que é o instrumento operacional. O processo civil e o processo penal são as grandes vertentes do direito processual e, assim, servem de base para a teoria geral do processo. Existem

¹⁹⁸ Trata-se da terminologia utilizada por José Gomes Canotilho no sentido de que a Constituição Dirigente é um instrumento de imposição e direção totalizantes da ação do legislador (Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra, Ed. Coimbra Editora, 1994).

divergências sobre a existência de uma teoria geral, pois a teoria dualista sustenta haver diferenças, inclusive fundamentando a necessidade do processo, pois é obrigatório para a aplicação da pena (processo penal), mas não é para a resolução de litígios privados (processo civil).

Sobre tal teoria, a literatura preconiza a unicidade do processo como ciência dogmática sob o fundamento de que a diferença é apenas de grau e não de natureza. A título de argumentação histórica a sustentar a unicidade e, assim, a existência de uma teoria geral do processo, o Código Processual da Bahia, de 1915, dispunha, num só corpo, livros sobre processo civil e comercial; juízos divisórios; processo organológico e, ao fim, um livro sobre processo criminal. Assim, direito processual civil e penal são partes de um mesmo ramo da ciência do direito, pois o processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal. Ora, ao se comparar o exercício do Poder Legislativo com o do Poder Judiciário, conclui-se que o dualismo não se sustenta, já que o ato de legislar para o processo penal e civil é o mesmo e, assim, o ato do exercício da jurisdição também é o mesmo, ou seja, não é possível bipartir o ato de legislar como não é possível bipartir o ato de jurisdição. Nesse sentido, único, portanto, é o Direito Processual, pelo qual pode ser construída uma Teoria Geral do Processo com os postulados e linhas mestras construídos segundo a metodologia da Dogmática do Direito (MARQUES, 1980, p. 23-24, 35-37 e 42-43).

Mas, como já mencionado, as divergências sobre a temática são muitas. Sustenta-se que o processo penal é um apêndice do direito penal, bem como é preterido em relação ao processo civil. Em relação ao direito penal, hoje há uma certa autonomia, pois não é possível executá-lo sem o processo penal, já que não é auto-executável. No entanto, em relação ao processo civil, sempre é relegado a segundo plano, inclusive devido à superioridade científica e dogmática que aquele possui sobre este. Há, assim, um pancivilismo sobre o processo penal, fazendo com que se aponte a existência de uma teoria geral do processo.

No entanto, vozes contrárias à existência de uma teoria unitária apontam, como forma de negar sua existência, que há um engodo, pois a teoria geral partiria do princípio de lide e sobre o conceito de jurisdição, que são diversas entre o processo civil e o processo penal. O mencionado engodo também é sustentado, pelo posicionamento negativo à teoria unitária, pelo fato de que a aplicação do processo civil poderia engessar o processo penal com estruturas que não foram idealizadas para a jurisdição penal e, assim, o Processo Civil, ao contrário do que sempre se fez, não serve para compreender o que é o Processo Penal: serve para compreender o que

não é. Daí porque, com todo o respeito, basta de Teoria Geral do Processo (LOPES JR, 2014, p. 1-3).

Em posição contrária, sustenta-se a existência da teoria geral do processo¹⁹⁹. Com efeito, não se pode negar que o processo penal tenha uma descendência do direito penal, pois este foi criado primeiro que aquele. Não se pode negar também o caráter instrumental do processo penal. Apesar da discordância, pode-se até não gostar da Teoria Geral do Processo, mas que ela existe, existe, inclusive quando se pontua a existência de inferioridade, de ascendência e de cientificidade diversa deve-se pensar de forma diversa, pois a relação de parentesco deve ser outra: o pai (substantivo) é o Processo em geral e os irmãos (adjetivos) são os Especiais (Penal, Civil e Trabalhista) (JARDIM, 2014, p. 3).

A discussão sobre a existência ou não de uma teoria geral do processo é antiga. No entanto, deve-se, diante da teoria da Constituição, analisar-se o tema sob outra ótica, ou seja, deve-se analisar o tema sobre uma nova perspectiva, ou seja, de uma "Neo-teoria Geral do Processo. Ora, os novos conflitos da sociedade forçam a se pensar os temas sob novo ângulo. O constitucionalismo atual leva a pensar o processo como uma disciplina autônoma, mas com "raízes e princípios constitucionais". O processo pode ser civil, penal e trabalhista, mas atualmente, deve-se buscar a tutela processual adequada à solução de cada conflito, numa simbiose entre o direito e o processo. Portanto, há dissidências consistentes sobre a existência de uma teoria geral do processo, mas o importante é não perder de vista sua instrumentalidade, pois o processo deve ser concebido como instrumento para a realização do direito material (GRINOVER, 2014, p. 6).

A existência de uma teoria geral do processo, bem como de que a legislação adjetiva (penal ou civil) é um instrumento e deve ser interpretada e aplicada à luz da Constituição restou reforçada com o advento do novo Código de Processo Civil, pois houve uma expressa sinalização de que se deve passar para a interpretação harmônica quando se refere ao processo como teoria. Com efeito, os preceitos da Constituição e as normas processuais vigentes deveriam ter suas aplicações diretamente também ao processo penal (FISHER, 2016, p. 51-52).

¹⁹⁹ Com a qual se comunga o presente trabalho, ou seja, para a sustentação da tese fomenta-se a existência da teoria geral do processo e, com a nova sistemática processual civil, aplica-se ao direito processual penal a teoria dos precedentes.

O certo é que, sendo una ou dualista, no processo civil e penal, õhá uma zona comumõ, pois tem o mesmo conteúdo finalístico e o mesmo caráter instrumental. E, se assim é, nos dizeres de *Calamandrei*, ao invés de se encontrar um abismo entre o processo penal e o processo civil, há, sim, uma ponte de passagem, ou seja, não são compartimentos estanques (MARQUES, 1980, p. 39). E mais, seja por uma teoria geral do processo unitária ou não, há a õexistência de certos preceitosõ processuais, previstos no novo Código de Processo Civil, os quais são de aplicação tanto no processo civil quanto no processo penal, ou melhor, õnão podemos negar a interligação de alguns preceitosõ (FISHER, 2016, p. 52).

Mas não se quer dizer que o processo civil e o processo penal são idênticos. Há diferenças procedimentais, mas são de uma mesma base, ou seja, fundam-se em uma teoria geral do processo. Destarte, adotando-se uma teoria geral, os institutos comuns terão conteúdo normativo, bem como tratamento jurídico-dogmático igualitário. Portanto, mesmo havendo diversidades, há uma interligação pelos princípios gerais comuns oriundos da Teoria Geral do Processo. Uma teoria una resta reforçada pela Constituições republicanas, já que em 1891 a Constituição tratou da competência da União para legislar sobre o direito processual da justiça federal. As emendas de 1926 também trataram do assunto. Em 1934 repetiu-se a menção sobre competência para legislar em matéria processual. O mesmo ocorreu nas Constituições de 1937 e 1946. Com a Emenda n.º 1/69, após a revolução de 1964, não foi diferente e, na sequência, a Constituição de 1967 também dispôs sobre direito processual. Por fim, a Constituição atual é dirigente em matéria processual penal.

Portanto, sempre houve uma vinculação direta do processo civil e do processo penal com a teoria geral do processo, com uma unidade dos conceitos essenciais da ciência do direito processual, mas com uma independência dos ramos processual penal e civil, entretanto, todos em consonância com o direito constitucional brasileiro. Pode-se afirmar, assim, que, como em todos os outros ramos do direito processual, o penal se subordina à teoria geral. Trata-se de uma ciência própria, com objetivo e conteúdo próprios, mas parte de uma teoria geral. E mais, tem relacionamento profundo com o direito constitucional e é de direito público, uma ciência dogmática-jurídica (MARQUES, 1980, p. 28-30 e 41-43).

O direito processual penal não pode ser considerado como um segmento do direito penal, pois é uma ciência autônoma no campo da dogmática jurídica. Sendo uma ciência autônoma, há diversidade de princípios entre o direito penal e o processo penal, pois os que disciplinam a estrutura e a definição de crime não possuem qualquer contato com os princípios

processuais penais. Portanto, é uma ciência autônoma e possui suas bases, seus fundamentos na Constituição Federal (MARQUES, 1980, p. 28-30).

O direito processual penal õdita as normas de atuação do direito penalö. É, assim, pelo processo que se resolve o conflito na seara penal (ISHIDA, 2009, p. 5). Atualmente a importância do direito processual penal é expressa na Constituição vigente que consagrou, em seu texto, vários princípios²⁰⁰ que reclamam um processo para que se aplique a pena a um acusado da prática de um crime. Destarte, ao contrário do que ocorre, no direito civil, o conflito penal necessariamente será resolvido mediante uma tutela jurisdicional desenvolvida em um processo. Nesse contexto, õo instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo é o processo penalö. Modernamente não se pode abordar uma teoria do direito processual penal sem uma leitura constitucional, pois é, sob tal ótica, que o processo penal se consagra como um õinstrumento das garantias constitucionaisö (LOPES JR, 2012, p. 69).

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] o processo penal não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas [...] (LOPES JR, 2012, p. 72).

Houve, portanto, uma constitucionalização do direito processual penal em 1988, pois a Constituição vigente estabelece diretrizes, um õsistema de garantias mínimasö que é decorrência de um õprocesso penal democráticoö, cujo objetivo é conter o abuso estatal no exercício do direito de punir. Assim, o processo penal brasileiro na atualidade deve ser pensado à luz da presunção da inocência, do princípio da jurisdição, do juiz natural, do sistema acusatório, da ampla defesa e do contraditório (LOPES JR, 2012, p. 171).

Assim, pode-se afirmar que o direito processual penal é uma ciência autônoma e, no sistema jurídico brasileiro, extrai seus fundamentos na Constituição Federal. E, na aplicação aos casos reais das regras e princípios de direito, na justiça criminal, o direito processual penal

²⁰⁰ Princípios do devido processo legal, da jurisdicionalidade, da publicidade, da imparcialidade do juiz, do sistema acusatório, do promotor natural, da presunção da inocência, do *favor rei*, da verdade real, do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais e da razoabilidade da duração do processo.

é o corpo do direito penal. Assim, o direito processual penal governa o processo criminal para a consecução do *ius puniende* e, assim, zela pela conservação da paz e da justiça com fundamentos na Constituição Federal em uma conjugação coordenada e sistêmica dos princípios gerais.

7.2 A Constituição Federal brasileira e o processo penal

O direito processual penal tem sustentáculo na Constituição Federal e em uma teoria geral do processo. Nesse contexto, os direitos penal e o processual penal têm como objeto um dos bens mais caros ao cidadão, qual seja: a liberdade de locomoção, um direito fundamental mundialmente protegido. No entanto, liberdade e outros direitos entram em conflito quando há necessidade da intervenção da justiça criminal, tais como o direito à segurança dos cidadãos, da propriedade e da dignidade. Quando mencionados direitos são ofendidos e há a necessidade de punir, nasce um conflito entre o cidadão e o poder estatal. Mas há limites, pois a pena, no Estado Democrático de Direito, deve ser o último recurso, pois a intervenção estatal drástica não deve ser utilizada sem extrema necessidade.

Assim, a relação dos direitos penal e processual penal com o direito constitucional se torna estreita, já que cabe ao último limitar o poder exercido pelo Estado quando lança mão do primeiro. O direito constitucional, por meio da Constituição Federal (Lei fundamental) o limita, vincula o legislador ordinário, ou seja, só pode legislar de modo coerente as diretrizes da Lei maior (GOMES, 2003, p. 23-24). Trata-se de uma limitação negativa de competência (CANOTILHO, 1993, p. 73-74). E mais, sendo a Constituição Federal a Carta que expressa a ordem social de onde se encontra a concepção do direito, as demais normas do sistema jurídico devem observá-la, se alicerçando no ordenamento constitucional (CARVALHO, 1992, p. 36-37).

Ora, modernamente pode-se afirmar que todo direito se fundamenta na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais, pois há um conjunto de normas, sistêmico, que deve obediência à Norma Superior. O intérprete sempre deve observar o âmbito normativo imposto pela norma de nível superior, uma vez que a norma do caso concreto é extraída por derivação da Norma Superior (COELHO, 2011, p. 92). Há, assim, uma estreita ligação da lei com a Constituição Federal, ou seja, uma relação de vinculação de um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica (KELSEN, 2011, p. 388-389).

Nos direitos penal e processual penal brasileiro, a Constituição Federal estabelece princípios que regulam e limitam a atuação do Estado na seara penal. Destarte o legislador infraconstitucional deve obediência à Constituição Federal, pois direitos penal e o processual penal devem ser instrumentos não apenas formais, mas funcionais e estarem axiologicamente conforme a Constituição, já que suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem valores mais caros, aferidos naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural (QUEIROZ, 2005, p. 21-23).

O direito, em todos os seus ramos, é um complexo de normas e princípios dinâmicos que servem para a realização dos valores social, político, econômico, ético e cultural e, assim, o direito processual penal não se reduz ao conjunto de normas sob a perspectiva formalista, mas, sim, como um complexo e dinâmico fenômeno de dimensões éticos e sócio-políticos. Como um fenômeno pluridimensional, que não se limita ao plano normativo, o direito processual penal ostenta princípios e normas que repercutem consequências sociais, políticas, econômicas e éticas. Esse fenômeno pluridimensional ocorre diante da ligação íntima do direito processual penal com a Constituição Federal que limita o exercício do *ius puniendi* com a previsão de garantias e direitos individuais. Há, assim, uma diretriz constitucional ao processo penal que revela a ligação entre o direito processual, a ciência política e a teoria do Estado. Nesse sentido, o processualista incumbe esse desafio de assegurar a efetividade das normas constitucionais, interpretando e aplicando as leis do processo à luz da Carta Magna, com aquela vontade da Constituição (MACHADO, 2009, p. 221-223).

Isso ocorre devido à força normativa da Constituição, pois há uma ordenação jurídica da realidade política e social, bem como a prática levada a efeito por aqueles que estão encarregados de aplicar a carta constitucional (MACHADO, 2009, p. 221). Ora, o processo penal brasileiro do século XXI tem uma certeza, qual seja, a de que não é mais possível empreender qualquer pesquisa dogmática apartada do referencial constitucional. Diante de tal premissa, no direito processual penal atual, a Constituição traz estruturas e instituições jurídicas que obrigam ao exegeta do direito uma visão adequada à realidade constitucional do Estado Democrático de Direito. No plano principiológico, a Constituição Federal é eminentemente garantista no que se refere ao direito processual penal, pois as diversas garantias previstas estão dirigidas e dimensionadas para a proteção individual na ação persecutória (OLIVEIRA, 2012, p. 1 e 127-128).

A Constituição Federal, assim, paira sobre o direito processual penal, pois é a lei das leis, ou seja, conduz os diversos setores da ordem jurídica. E mais, ãa lei maior contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda legislação ordinária. O pensamento diretor previsto na Constituição não é apenas um artigo e preceito, mas um ãvalor de cultura, um conjunto orgânico e sistemático de caráter normativo que o legislador ordinário se fundamenta para construir as regras e mandamentos. Portanto, além de estabelecer um regime de estrita legalidade, submete a todos ãa uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de todo preceito ou imperativo jurídico.

Historicamente as Constituições reconhecem três princípios básicos em matéria processual penal, pois está em cena o exercício estatal da jurisdição penal, bem como o *status libertatis* do cidadão. Aludidos princípios possuem positividade jurídica, ou seja, não são regras programáticas, são preceitos impostos. Os três mencionados princípios são os da tutela jurisdicional²⁰¹, do devido processo legal²⁰² e do juiz natural²⁰³. O primeiro diz respeito à forma da atuação estatal, ou seja, o Estado de forma imparcial na autodefesa contra o crime. O segundo implica a adoção de procedimentos do contraditório e da ampla defesa, pois ãninguém pode ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. O terceiro, mas não o último, pois tanto a Constituição quanto o direito processual penal trazem outros princípios, o do juiz natural, expressa que não haverá juízo de exceção, pois será o juiz da causa aquele previsto implícita ou expressamente no texto constitucional.

Constata-se, portanto, que os princípios constitucionais são de extrema importância para os direitos penal e processual penal. Ora, ãos princípios fundamentais imperam em relação à justiça penal, são normas gerais de que se inferem preceitos particulares operantes, que devem coadunar-se estritamente com o sentido e direção daquelas regras nucleares e básicas. Pode-se, portanto, afirmar que o modo de atuar da justiça penal deve obediência às matrizes

²⁰¹ Segundo o qual é livre o acesso ao Poder Judiciário pelo cidadão que tem o direito de ver apreciado pelo juízo competente seu pedido e suas razões. Pode-se extrair do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal ó ãa lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁰² Sustenta-se que a origem do princípio do devido processo legal é decorrente da Magna Carta de 1215 que estabeleceu que ãnenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado, ou de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, se não mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra. A Constituição Federal no artigo 5º, LIV também previu mencionado princípio nos seguintes termos: ãninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁰³ Artigo 5º, LIII, da Constituição Federal ó ãninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

constitucionais, pois está sob imediata regulamentação (MARQUES, 1980, p. 88-89 e 94-95 e 109).

Modernamente pode-se afirmar, também, que, em um país democrático, qualquer direito processual penal terá um mínimo de princípios e regras no intuito de garantir a proteção do indivíduo, na qual a liberdade é maximizada e o poder de punir, minimizado (CRUZ, 2013, p. 25). Após a Constituição Federal de 1988, os direitos penal e processual penal brasileiro passaram a ter controle rígido pela Constituição, ou seja, pelas normas constitucionais expressas nos princípios processuais penais. Em relação aos princípios, pode-se dizer que são o ponto de partida, o início, no ato de interpretar o direito processual penal. No campo filosófico, pode-se afirmar que um princípio expressa as ideias sínteses que encerram uma verdade. No particular da ciência jurídica, pode-se considerar que é a conjugação da ideia inicial com a ideia síntese (MACHADO, 2009, p. 149).

Sobre o tema, ressalta-se que:

[...] num sentido propriamente dito, o princípio encerra também a noção de síntese, na medida em que configura uma espécie de diretriz capaz de condensar normas, condutas, valores e fins a partir de fórmulas singulares, que dão ao sistema jurídico uma determinada unicidade e coerência [...] (MACHADO, 2009, p. 149).

Portanto, os princípios gerais do direito, como ideia inicial no ato hermenêutico ou como ideia síntese, são *standarts*, diretrizes básicas de todo o sistema processual penal brasileiro (MACHADO, 2009, p. 149).

É importante ressaltar que regras diferem de princípios, pois aquelas têm aplicação ao caso concreto, afastando, por lógica, a incidência de outras regras, pois: A deve ser B, e não C, D, E. Já os princípios denunciam motivos para que o aplicador se decida neste ou naquele sentido, ou seja, são mandatos de otimização, ou melhor, pensamentos diretores. A estrutura da regra está subordinada em ser ou não aplicada ao caso concreto, enquanto que os princípios exigem uma aplicação diferenciada, do tipo "realize-se o ótimo dentro do possível". Destarte, os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante (COELHO, 2011, p. 120-124, 131 e 187).

Neste ponto, um princípio consagra sempre um elemento ético-social e mais, tem a função de ser norma fundamentadora de outras, ideia ou valor diretriz que dá sentido a um sistema ou subsistema. Assim, pode-se afirmar que um princípio não determina um

comportamento (fazer ou não fazer), mas traz um valor a se respeitar ou algum fim a se atingir. O princípio fomenta os valores consagrados por uma determinada sociedade, ou seja, são limitadores do processo hermenêutico na busca de conteúdo de sentido de normas particulares (FREITAS FILHO, 2009, p. 192-205). Dessa forma, no sistema penal e processual penal brasileiro, inegavelmente um sistema de direito positivo, deve se pressupor que princípios norteiam e delimitam a sua aplicação, pois constituem um patamar indeclinável, como ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas (BATISTA, 1996, p. 61-65).

E se assim é, o legislador ordinário, na produção legislativa, fica vinculado às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal, devendo respeito aos princípios, não podendo afrontar o texto constitucional (GOMES, 2003, p. 24). E mais, não são só os princípios que limitam o legislador infraconstitucional, já que a força da Constituição o limita a algo maior, pois é a expressão do direito de uma determinada ordem social, ou seja, o legislador ordinário deve também trabalhar com a ideia de justiça²⁰⁴ ao elaborar o texto de um enunciado normativo (CARVALHO, 1992, p. 36-37).

O princípio que limita o poder legislativo ordinário é uma norma que estabelece fundamento de um mandamento. Os princípios, são, dessa forma, normas que estabelecem os fundamentos para a interpretação e a aplicação do direito. Assim, os princípios diferem das regras, pois aqueles são fundamentos, são diretrizes a serem seguidas pelo intérprete. Já as regras descrevem uma hipótese e uma consequência (ÁVILA, 2009, p. 35).

Há muita divergência quanto ao critério de distinção entre regras e princípios, razão pela qual se transcreve a seguinte passagem elucidativa:

[...] as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção [...] (ÁVILA, 2009, pp. 78-79).

Assim, pode-se afirmar que a regra tem natureza descritiva de objetos determináveis, enquanto que os princípios descrevem um estado ideal de coisas. Igualmente é possível dizer

²⁰⁴ [...] realização de legítimas e aceitáveis aspirações individuais ou coletivas [...] (ALVES JR, 2010, p. 142).

que as regras, para serem aplicadas, dependem de correspondência fática com a descrição normativa, sendo que nos princípios há apenas uma valoração dos efeitos do fato com o estado de coisas que deve ser promovido. Por fim, as regras propiciam uma solução, tem caráter de decidibilidade e os princípios não, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema (ÁVILA, 2009, p. 83-84).

Nas constituições modernas, são estabelecidos princípios no intuito de incorporar as diretrizes do Estado Liberal e do Estado Social. Para fazer valer tais diretrizes, são também estabelecidas normas para tornar concreto o direito de liberdade, igualdade e os valores de interesse geral. Assim, as constituições veiculam matéria penal e processual penal ao dispor princípios penais na defesa das garantias e limitando o poder do Estado. Os princípios que cuidam de direito penal e de processual penal podem ser expressos, de maneira inequívoca, como os princípios do devido processo legal, ou implícitos, que se deduzem das normas constitucionais, como o princípio da intervenção mínima. Assim, os princípios constitucionais penais são instrumentos de proteção dos direitos humanos, limitando a atuação estatal (LUIZI, 2003, p. 12-14 e 104).

Nesse sentido, os princípios da legalidade e do devido processo legal romperam com as práticas arbitrárias limitando a atividade punitiva do Estado, protegendo a liberdade do cidadão, sendo um início ao delineamento do direito de punir estatal. Antes da aplicação de tais princípios, vivenciava-se insegurança e havia penas cruéis, bem como os procedimentos eram repletos de ofensas à liberdade individual, como a prática da tortura (GOMES, 2008, p. 5-9).

De outro lado, o Estado Constitucional, consubstanciado no controle das normas legislativas e a instituição de princípios abstratos, abriu novas frentes na aplicação do direito. Houve, assim, uma reorientação que rompe com o imobilismo metodológico que cedeu lugar a novas práticas judiciais com um discurso teórico mais apurado. Nesse aspecto, os princípios, na concretização dos direitos fundamentais e na nova prática judicial, ocupam lugar de destaque, pois trouxeram inquietações tanto doutrinária quanto jurisprudencial. Nos direitos penal e processual penal, o papel dos princípios constitucionais é acentuado, pois traz garantias pelas quais se pode encontrar um equilíbrio entre o interesse público na repressão criminal e o interesse arguido pela justiça que espera o respeito às garantias constitucionalmente asseguradas, mormente o da ampla defesa em confronto com o poder do titular da ação penal (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 13 e 24-25).

Considerando o vetor constitucional atual, o Código Penal e o Código de Processo Penal brasileiros, idealizados para uma realidade diversa da presente, devem ser adequados à nova realidade constitucional que tutela direitos fundamentais. Assim, não é necessário justificar os direitos fundamentais, mas protegê-los. Os princípios constitucionais penais e processuais penais, em tal contexto, forçam a realização de uma õreleitura axiológica do ordenamento a partir da concepção de princípiosõ. No sistema processual penal brasileiro atual, como pressuposto lógico do sistema, sendo garantista, a separação entre acusador e julgador é essencial, pois aquele (Ministério Público) e este (Magistrado) possuem papéis distintos. No entanto, ambos, diante do garantismo constitucional, possuem a obrigação, cada um em seu papel, de fazer valer os princípios constitucionais (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 26-29 e 31).

Nesse sentido, afirma-se que:

[...] quem acusa não pode julgar e quem julga não pode acusar. Contudo, isso não significa que o juiz deve atuar como Pilatos, lavando as mãos e permitindo que o processo transcorra exclusivamente como se fosse algo de interesse apenas das partes. Quer quera, quer não, o juiz tem papel diferenciado no processo penal, e precisa atuar [...] sem um protagonismo irresponsável, nem o alheamento apassivador, porque tanto um quanto outro não se coadunam com a lealdade constitucional e com o necessário equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e os direitos fundamentais da vítima e de toda a sociedade [...] (BEDÊ JUNIOR; SENNA, 2009, p. 31).

Constata-se, então, que houve uma preocupação com os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, ou seja, é um Norte a seguir pela justiça criminal brasileira. Portanto, o juiz, no direito processual penal, não é um mero espectador, é a autoridade judiciária investida de poder para prover a regularidade processual. Já o Ministério Público e a Advocacia possuem grande importância como atores do processo penal, pois também possuem o dever de zelar pela regularidade do processo penal sem submissão à magistratura (ACOSTA, 1984, p. 115).

A Constituição enumera expressamente e também traz implicitamente inúmeros princípios que orientam a justiça criminal brasileira, como o princípio *nemo tenetur se detegere*²⁰⁵, a proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos²⁰⁶, o estado de

²⁰⁵ Pode ser extraído do mandamento constitucional previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal o õo preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.õ

²⁰⁶ Artigo 5º, LVI, da Constituição Federal o õsõo inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.õ

inocência²⁰⁷, o *in dubio pro reo*²⁰⁸, a motivação²⁰⁹, o contraditório e ampla defesa²¹⁰, o juiz natural²¹¹, a igualdade²¹² e a publicidade²¹³ e o devido processo legal²¹⁴ dentre outros.

O princípio da igualdade, no direito processual penal, é de suma importância, pois os fatos são exatamente os mesmos, dão uma razão para fazer o mesmo juízo normativo, ou seja, base para o juízo normativo de universalidade (HARE, 2003, p. 34). Com o respeito ao princípio da igualdade, há, sem dúvidas, segurança jurídica em seu aspecto objetivo, ou seja, uma regularidade estrutural e funcional do sistema jurídico, bem como há segurança jurídica em seu enfoque subjetivo, pois ter-se-á a certeza do direito, ou melhor, a projeção da segurança objetiva nas situações pessoais (GOMES, 2008, p. 105). Assim, com a igualdade e a segurança jurídica o cidadão poderá antever qual será o resultado de sua conduta antes de praticá-la, pois o estado de direito envolve também o princípio segundo o qual casos semelhantes devem receber tratamento semelhantes (RAWLS, 1997, p. 260).

Existe, portanto, com a nova ordem constitucional brasileira, um controle do sistema processual penal pelos princípios, pois expressando uma sociedade democrática, se induz a crer que a Constituição, os tratados de direitos humanos e as leis tornem o processo penal uma saída civilizatória para a solução dos dilemas entre os direitos e garantias individuais na intervenção do direito penal (MACHADO, 2009, p. 279). Portanto, o Brasil e os países democráticos estão se vinculando a pactos internacionais que orientam a legislação de direitos humanos. Aludidos pactos internacionais podem possuir efeito meramente moral, mas têm o mérito de converter

²⁰⁷ Artigo 5º, LVII, da Constituição Federal o ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁰⁸ Pode ser extraído do mandamento constitucional previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal o ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁰⁹ Artigo 93, IX, da Constituição Federal o todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²¹⁰ Artigo 5º, LV, da Constituição Federal o aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²¹¹ Artigo 5º, LIII, da Constituição Federal o ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

²¹² Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

²¹³ Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal o administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

²¹⁴ Artigo 5º, LIV, da Constituição Federal o ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

a proteção dos direitos humanos em assunto jurídico internacional, ainda que na dependência de regulamentação concreta pelo direito interno.

No processo penal brasileiro, inúmeras garantias são advindas da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948²¹⁵, tais como o princípio da não culpabilidade e o de não ser preso arbitrariamente. Outro pacto, dentre vários de que o Brasil é signatário, que influenciou o direito processual penal brasileiro, é a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, de 4 de dezembro de 1950²¹⁶, que traz, entre outros princípios, o do devido processo legal. Cita-se também, devido a sua importância, o *Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York*, de 16 de dezembro de 1966²¹⁷, que trouxe a proibição da tortura e penas cruéis.

Há uma grande influência dos pactos internacionais no processo penal brasileiro, pois essas declarações em prol dos direitos humanos vêm imprimindo à doutrina processual penal e à legislação e prática processual de alguns países, acentuada tendência liberal e humanitária. Destarte, verifica-se uma verdadeira emancipação da ciência processual penal, pois encontra raízes na Constituição e nos pactos internacionais, sendo que seus princípios são norteadores da legislação processual penal ordinária (MARQUES, 1980, p. 162-166).

Em que pese o devido respeito, pelo sistema processual penal à Constituição e aos pactos internacionais de direitos humanos, sustenta-se que o sistema penal passa por uma expansão congênita do poder punitivo. Aponta-se que há uma ampliação em larga escala da intervenção penal que abarca âmbitos que tradicionalmente eram subtraídos do controle do judiciário. As alterações dos sistemas políticos e a crescente criminalidade organizada são indicadas como fatores que levam a intervenção penal a expandir-se de forma absoluta para além dos limites estabelecidos pelas normas penais e processuais penais. Mas não há consenso, pois há múltiplas razões para o crescimento do exercício do direito penal, talvez pela ineficiência dos outros poderes do Estado ou por causa da corrupção de cunho político e administrativo.

²¹⁵ Artigo 9º - "Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado. Artigo 11º - 1. Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas."

²¹⁶ Artigo 6º "Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela."

²¹⁷ Artigo 7º "Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas."

Há uma preocupação, já que se sustenta que a ilusão panpenalística é sempre funesta ao garantismo, sendo o instrumental penal inidôneo para enfrentar todos os males sociais sem se romper ou corromper. Com o intuito de frear o uso excessivo da justiça penal, o garantismo procura dar racionalidade à atuação penal estabelecendo critérios minimalistas na seara penal. Ora, o garantismo nada mais é do que um parâmetro de racionalidade, de justiça e legitimidade da intervenção punitiva. Pode-se conferir ao garantismo três acepções. Primeiro um modelo normativo direto de estrita legalidade que preconiza a tutela de mínima violência e maximiza a liberdade. O segundo aspecto pode ser definido como uma teoria jurídica de validade e efetividade das normas, ou seja, que aponta o distanciamento do ser e o dever ser e, assim, tal aspecto do garantismo aponta uma tensão crítica e leva a doutrina do garantismo a legitimar o direito penal, mas como perda de legitimação interna. Por fim, o garantismo pode ser considerado como uma filosofia política, ou seja, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre o direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na valoração do ordenamento (FERRAJOLI, 2010, p. 646-648 e 785-787).

Pode-se extrair os seguintes elementos da teoria do garantismo:

[...] o caráter vinculado do poder público do estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre o ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade [...] (FERRAJOLI, 2010, p. 788).

Mencionada teoria, portanto, que externa um modelo garantista nos direitos penal e processual penal, quando adotado pela Constituição de um país, funda uma crítica ao direito positivo em relação à legitimação externa e interna, bem como traz a crítica sobre as ideologias políticas e jurídicas (FERRAJOLI, 2010, p. 789).

Neste sentido, a Constituição brasileira e os tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário, pregam o respeito aos direitos e garantias individuais, sendo nítida a finalidade de preservar a dignidade da pessoa acusada no processo penal. Daí a importância dos princípios, como fomentado anteriormente (MACHADO, 2009, p. 279).

Nesse sentido, ressalta-se que:

[...] toda rede de princípios e normas constitucionais proclamando e garantindo o devido processo legal; toda uma evolução da ciência do processo em torno da ideia de uma instrumentalidade e de acesso à justiça; todo um conjunto de tratados e convenções internacionais em defesa dos direitos humanos, enfim, toda uma

consciência ética que se vem construindo a partir do valor inegável da pessoa humana, compõem o instrumental necessário para a superação dos aspectos de barbárie e ainda rondam os sistemas penais no mundo [...] (MACHADO, 2009, p. 281).

Enfim, atento aos princípios constitucionais penais, o direito processual penal moderno é um instrumento de controle justo, de manutenção da ordem justa e democrática e, sobretudo, um autêntico mecanismo de democracia e de realização da justiça. O sistema processual penal, então, deve adaptar-se sem incoerências, sem discrepâncias com os princípios e mais, deve-se evitar manipulações ideológicas, pois somente o uso do processo como instrumento ético de participação política, de afirmação dos valores democráticos e de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana é que se terá um processo penal constitucional. Sob uma perspectiva democrática, o garantismo penal representa a corrente jurídica mais progressista, ou seja, mais do que um instrumento para apurar crimes e fixar penas, o garantismo vê no processo penal muito mais uma constelação de normas e princípios destinados à salvaguarda das liberdades públicas fundamentais do indivíduo (MACHADO, 2009, p. 48, 205-209 e 281).

À guisa de conclusão parcial, verifica-se que a relação dos direitos penal e processual penal com o direito Constitucional é estreita, pois este, por meio da Constituição Federal (Lei fundamental) limita a atuação daquele. A Constituição Federal e os Tratados Internacionais fundamentam o direito processual penal, pois o conjunto de normas, sistêmico, deve obediência à Norma Superior. No direito processual penal constitucional, se reconhece três princípios básicos: o da tutela jurisdicional, o do devido processo legal e o do juiz natural. Há também outros princípios, como o da intervenção mínima e o da igualdade. Em relação ao princípio da igualdade, é fundante, na aplicação da teoria dos precedentes, já que casos semelhantes devem ser tratados de forma isonômica, preceito acentuado pela técnica da vinculação ao precedente. Assim, os princípios são o ponto de partida, o início, no ato de interpretar o direito processual penal.

Os princípios diferem das regras, pois aqueles são fundamentos, são diretrizes a serem seguidas pelo intérprete. Já as regras descrevem uma hipótese e uma consequência e, nesse ponto, as constituições veiculam matéria penal e processual penal ao dispor princípios penais na defesa das garantias e limitando o poder do Estado. Nesse contexto, a teoria do garantismo penal procura dar racionalidade à atuação penal estabelecendo critérios minimalistas na seara penal, ou seja, tem o intuito de ser um parâmetro de racionalidade, de justiça e legitimidade da intervenção punitiva.

Portanto, um modelo ideal para o processo penal brasileiro não pode se distanciar do garantismo, devendo evitar o modelo panpenalístico e deve aplicar os princípios e diretrizes expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988, em especial, o da igualdade.

7.3 O Brasil e o processo penal

A Constituição Federal de 1988 é dirigente no trato do direito processual penal brasileiro, bem como modernamente o garantismo de Ferrajoli afetou o modo de aplicar a lei adjetiva penal. No desenvolvimento do direito processual penal, é importante apresentar como que evoluiu historicamente e como está sendo aplicado atualmente. Com efeito, o Estado exerce a tutela de bens e relações sociais chamando para si a função de punir e o faz por intermédio da jurisdição penal. Note-se que não é admitida, na ordem jurídica brasileira, a imediata imposição de sanções penais, vale dizer, a jurisdição penal deve ser exercida com a garantia de direitos ao suposto autor do crime e, por consequente, referido exercício deve evitar a aplicação de sanções diversas das previstas na lei (MARQUES, 1980, p. 3-5).

Assim, o exercício da jurisdição, diante do litígio penal, é precedido do devido processo legal, ou seja, para que ocorra o pronunciamento jurisdicional, devem ser garantidos aos litigantes os direitos e as garantias para que, ao final, seja proferida uma sentença nos termos e nos limites da lei. Portanto, para que ocorra o exercício do direito de punir, vige a máxima *nulla poena sine iudicio*, ou seja, é necessário o processo para a aplicação da lei penal. É, assim, o processo o meio operacional, o instrumento da jurisdição penal pelo qual o Estado exerce o poder para compor o litígio penal. Note-se que tal abordagem ocorre no sistema acusatório, no qual há um órgão acusatório, o réu que se defende e o juiz que julga de forma imparcial. Destarte, só é possível abordar a processualização da justiça penal pós-revolução francesa, momento histórico que fez ascender os princípios liberais de *Beccaria* afastando-se o sistema inquisitivo que sequer podia ser chamado de processo ou jurisdição.

No Brasil, antes de sua independência, vigiam as ordenações Manuelinas (1521) e posteriormente as Filipinas (1603). Após a declaração de independência em 1822, o Brasil expressamente adotou a legislação processual penal portuguesa, conforme decreto de 20 de outubro de 1823. Com a Constituição do Império de 1824, a situação começou a se alterar e, em 1832, foi publicado o Código de Processo Criminal. Posteriormente, com a Constituição da República de 1891, houve uma consolidação da legislação processual penal em vigor, conforme Decreto n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898. Em 1934, a Constituição Federal concentrou a

competência da União para legislar sobre processo penal e, assim, o Código de Processo Penal brasileiro foi publicado.

Destarte, desde então o direito processual penal no Brasil é regido, em todo território, pelo Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.869, de 3 de outubro de 1941). Sua incidência é mitigada pela legislação extravagante que especializa o processo e o procedimento de acordo com a matéria ou a competência. No decorrer dos anos, o código passou por inúmeras leis modificativas adequando-o às transformações da sociedade e compatibilizando-o com as demais legislações e mandamentos constitucionais.

A título ilustrativo, o código, já em 1948, sofreu alteração em relação ao procedimento do tribunal do júri. Em 1951 os prazos foram alterados e, na sequência, em 1958, passou a tratar dos recursos extraordinários. Posteriormente, em 1965 e em 1977, o código sofreu alterações sendo introduzidas questões relevantes (MARQUES, 1980, p. 5-6, 14-15, 61, 112 e 117-127). Em 2008 o código vigente sofreu grandes alterações, iniciando-se, como outrora, no processo do tribunal do júri. As alterações ocorreram no sistema probatório e em outros procedimentos, tais como no *emendatio libelli* e no *mutatio libelli*. As alterações eram necessárias para atualizar o antigo código de 1941. No entanto, melhor seria um novo código para que o sistema fosse compatível dentro e fora da norma processual, vale dizer, a Constituição.

De outro lado, como informado acima (necessidade de um novo código), a reforma gradual causou uma falta de lógica sistemática, ou seja, da maneira que foi realizada, prejudicou essa uniformidade, redundando, por vezes, em dispositivos que se revelam contraditórios entre si. Apesar disso, a opção, diante da dificuldade que se encontraria com a propositura de um novo código, como ocorreu no código civil, foi pelas alterações tópicas. Então, houve uma evolução no processo penal, no entanto, a maior parte delas reforçaram o valor que a jurisprudência possui no processo penal, pois encampou-se o entendimento das cortes brasileiras no texto legal (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 15 e 273).

Assim, o processo penal evoluiu e passou-se a tratar da relação processual e da instrumentalidade. A evolução era necessária, pois o direito processual teve seu nascedouro em torno de alguns outros institutos processuais como a jurisdição e o próprio processo, com seus pressupostos e princípios. Outro ponto que se pode anotar foi a derrocada do formalismo exacerbado que por vezes acarreta o detrimento do direito material posto em litígio. Assim, a evolução levou à fase da instrumentalidade do processo que efetiva o direito material.

Atualmente, ao propiciar a efetivação do direito material pelo direito processual, não se pode olvidar, como já frisado anteriormente, da necessidade de se seguir o norte constitucional (MACHADO, 2009, p. 88-89). Neste sentido, ressalta-se que:

[...] isto permitiu à ciência processual atingir o estágio atual da instrumentalidade, em que o processo passa a ser considerado um instrumento de efetiva atuação do ordenamento jurídico material e dos valores constitucionais, portanto, não mais um fim em si mesmo [...] (MACHADO, 2009, p. 89).

Portanto, a evolução, no processo penal, na atualização da legislação, reforçou o valor da jurisprudência; e, a evolução como ciência, afastou o sistema processual penal do formalismo e adotou uma instrumentalidade sem se afastar dos princípios constitucionais.

7.4 A norma processual penal

Toda jurisdição penal é regulada pela norma processual penal, ou seja, a atividade da administração da justiça penal se desenvolve pelas regras contidas na norma processual penal, a qual é o instrumento para o exercício da jurisdição que revela as diretrizes políticas da estrutura do Estado quanto à jurisdição penal, ou seja, refletem os princípios e ideais de justiça.

Sob o aspecto geral ou abstrato, a lei é a fonte primária do direito processual penal. No entanto, em sendo a Constituição Federal a lei das leis, é a fonte suprema da ordem jurídica e, assim, se situa no cimo e na culminância de todas as fontes normativas. Neste contexto, cabe à União legislar sobre legislação processual penal, mas aos Estados é permitido legislar sobre organização judiciária, ou seja, sob certa forma, é legislar sobre processo.

Historicamente pode-se afirmar que as fontes são as normas jurídicas positivadas, podendo ser históricas (leis revogadas) ou dogmáticas (leis vigentes). Por fontes materiais se designam as que constituem a matéria com que é atingido o conteúdo do preceito jurídico. Destarte, pode-se afirmar que a Constituição Federal e as leis que estipulam normas processuais penais, bem como as leis estaduais sobre organização judiciária, compõem as fontes primárias do direito processual penal brasileiro. Ao lado das fontes primárias, estão os costumes, as súmulas e a jurisprudência que são designadas como fontes secundárias. É pacífico que os costumes não possuem força obrigatória, no entanto, são consagrados pelo direito (MARQUES, 1980, p. 47-49 e 52 e 57). Assim, no processo penal pode-se afirmar que será fonte a vontade do Estado, seja expressa ou tácita (MANZINI, 1950, p. 17).

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] le fonti del diritto processuale penale sono costituite da quelle manifestazioni, espresse o tacite, della volontà giuridica superiore (volontà dello Stato), che si dirigono allo scopo di regolare l'intero rapporto processuale, ovvero un particolare momento od elemento di esso [...] (MANZINI, 1950, p. 17).

Neste contexto, pode-se afirmar que a decisão judicial, em sendo uma manifestação prevista no ordenamento jurídico e sendo proveniente do Estado/Poder Judiciário, é fonte do direito. Com efeito, historicamente a decisão judicial só tem eficácia perante as partes do caso decidido. No entanto, a decisão pode atingir uma questão de fato ou de direito e, assim, mesmo sem atingir outras partes senão aquelas do caso concreto, possui autoridade moral (MANZINI, 1950, p. 23).

Sobre tal ponto, confira elucidativa explicação quanto à teoria dos precedentes e das fontes do direito.

[...] a questão de se os precedentes são fontes do direito vigente, se o direito judicial se equipara ao direito legal, não pode ser simplesmente respondida de modo afirmativo. Tão-pouco os tribunais, segundo a nossa organização jurídica, estão indubitavelmente vinculados aos precedentes como estão, por exemplo, à lei [...] não é o precedente como tal que vincula, mas apenas a norma nele corretamente interpretada ou concretizada (sic) [...] (LARENZ, 1997, p. 612).

A autoridade moral da decisão superior decorre, dentre outras causas, do fato de que o juiz de instância inferior tem a preocupação de não ver sua sentença anulada por juiz de instância superior (MANZINI, 1950, p. 23). Já as súmulas e a jurisprudência estão diretamente interligadas. Com efeito, a jurisprudência, quando uniforme e reiterada, impõe-se como norma obrigatória, desde que consubstanciada em súmula (MARQUES, 1980, p. 57).

Nesse sentido, confira-se a lição de Miguel Reale:

[...] as súmulas se configuram como enunciados normativos que resume as teses consagradas em reiteradas decisões [...] não um simples repositório de ementas de acórdãos, mas um sistema de normas jurisprudenciais a que a Corte, em princípio, subordina seus arestos [...] (1973, p. 203).

Os tribunais, assim, possuindo jurisprudência sobre tema relevante, podem exercer função normativa semelhante à do legislador quando editam as súmulas, pois estão promulgando preceitos que neste se enquadrarão como normas a vigorar em casos futuros. Note-se que o formato de súmula, como fonte secundária, tal como a jurisprudência não é tema recente, pois os assentos da Mesa Grande da Casa de Suplicação de Portugal tinham autoridade

de lei; de outro lado, no Brasil, o Decreto n.º 2.684, de 23 de outubro de 1875²¹⁸, conferiu também força de lei aos assentos da Casa de Suplicação do Rio de Janeiro (MARQUES, 1980, p. 58).

O estudo do tema indica que o sistema processual penal brasileiro continua a ter como fontes as de outrora, como a lei, os costumes, a equidade e a analogia, mas diante da alteração do sistema pela influência de outros sistemas, bem como diante das novas legislações, passaram a ter as decisões judiciais (jurisprudência e súmulas) como fonte. No centro de tal assertiva encontra-se uma evolução e pode estar surgindo outra fonte como meio de trazer maior segurança jurídica ao sistema, qual seja, a teoria dos precedentes judiciais vinculantes no processo penal brasileiro.

7.5 Os códigos de processo penal e civil

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal são as normas de regência do direito processual penal, mas havendo uma teoria geral do processo, o regramento previsto no novo Código de Processo Civil tem incidência em todas as demais áreas do direito, inclusive no direito processual penal, pois, de acordo com a existência de uma teoria geral do processo, que informa todas as suas espécies, há uma relação de parentesco pelo processo em geral e suas especialidades (penal, civil e trabalhista).

Acrescentando argumentos à assertiva acima, o estudo aponta que a norma processual civil deve ser aplicada ao direito processual penal, pois as disposições preliminares da norma processual brasileira estabelecem que se não houver disposição em contrário aplicam-se as regras do Código de Processo Penal em procedimentos especiais. Destarte, o reverso também é possível. Com efeito, é possível aplicar o Código de Processo Civil ao direito processual penal

²¹⁸ Decreto n.º 2684/1875 dá força de lei no Imperio a assentos da Casa da Supplicação de Lisboa e competencia ao Supremo Tribunal de Justiça para tomar outros. Hei por bem Sanccionar e Mandar que se execute a seguinte Resolução da Assembléa Geral: Art. 1º Os assentos tomados na Casa da Supplicação de Lisboa, depois da criação da do Rio de Janeiro até á época da Independencia, á excepção dos que estão derogados pela legislação posterior, têm força de lei em todo o Imperio. As disposições desta lei não prejudicam os casos julgados contra ou conforme os ditos assentos. Art. 2º Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de primeira instancia nas causas que cabem na sua alçada. § 1º Estes assentos serão tomados, sendo consultadas previamente as Relações. § 2º Os assentos serão registrados em livro proprio, remetidos ao Governo Imperial e a cada uma das Camaras Legislativas, numerados e incorporados á collecção das leis de cada anno; e serão obrigatorios provisoriamente até que sejam derogados pelo Poder Legislativo. § 3º Os assentos serão tomados por dous terços do numero total dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça, e não poderão mais ser revogados por esse Tribunal. Art. 3º Ficam revogadas as disposições em contrario. Publicação: Coleção de Leis do Império do Brasil - 1875, Página 183 Vol. 1 pt I.ö

diante do disposto no artigo 3º da norma adjetiva penal²¹⁹, já que é possível realizar uma interpretação extensiva, analógica e também aplicar os princípios gerais do direito e, assim, também as regras de uma teoria geral do processo.

Trata-se na realidade de uma interpenetração do direito processual civil à seara processual penal e, é importante ressaltar, que a utilização da norma processual civil, no processo penal, constitui analogia legal. Isso se dá em razão do processo civil ser a parte tecnicamente mais aperfeiçoada do direito processual. Dessa forma, a aplicação da norma processual civil ao processo penal tem lugar e ocorre para tornar a norma processual penal completa (ISHIDA, 2009, p. 18).

Portanto, parte-se da premissa que há a existência de uma teoria geral do processo e, assim, o processo penal é regido pelo Código de Processo Penal, mas é possível aplicar os institutos do novo Código de Processo Civil, mormente quanto a teoria dos precedentes que traz estabilidade ao sistema como um todo. Com efeito, o sistema processual penal sofreu alterações diante da reestruturação político-constitucional de seus princípios e passou a ser melhor disciplinado na técnica e a unidade processual se aflorou na literatura ocorrendo uma natural evolução científica. Assim, é certo que o direito processual penal recebe influência do direito processual civil no âmbito dogmático-jurídico e, em decorrência de tal influência, há um crescimento científico. De outro lado, o direito processual civil encontrou, no direito processual penal, substância publicista preparada para uma construção sistêmica da ciência jurídica do direito público.

Historicamente o processo civil e o processo penal possuem ligação devido à origem portuguesa, pois a norma lusitana era enfática em relatar que as normas processuais civis deveriam ser aplicadas ao processo penal em caso de omissão. E mais, se harmônicas com o processo penal, deveriam ser aplicadas antes mesmo de se considerar a aplicação dos princípios gerais do direito. No Código de Processo Penal atual, não há tal previsão, no entanto, é permitido que, havendo normas processuais civis que podem ser aplicadas ao processo penal, se deve aplicá-las por primeiro, antes de lançar mão dos princípios, pois o direito processual, por ser unitário, está formado por normas e regras contidas em ambos os seus ramos, vale dizer, penal e civil (MARQUES, 1980, p. 37 e 66-67).

²¹⁹ A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O direito processual civil é, segundo literatura especializada, o mais avançado tecnicamente e serve de suporte ao processo do trabalho, administrativo e eleitoral. Nas discussões legislativas no projeto do Código de Processo Civil atual, cogitou-se também de incluir o processo penal na norma de extensão prevista no artigo 15 do *novel código*²²⁰. Em que pese não vingar a proposta, não nos parece que intenção do legislador tenha sido a de fechar o caminho de interlocução entre a duas disciplinas. Destarte, mesmo sem a previsão mencionada no projeto (artigo 15), o artigo 3º do Código de Processo Penal permite aplicar os institutos da regra processual civil, pois é admitida a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais do direito, conforme já alinhavado no início da abordagem. Nesse aspecto, o novo CPC não está a criar um sistema fechado, inapto a interlocução com os demais ramos do processo [...] o pensamento processual civil moderno é importante para a construção de uma nova identidade processual penal (SILVA, 2016, p. 69-72).

Em um julgado sobre a aplicação da teoria dos precedentes prevista no novo Código de Processo Civil ao direito processual penal, houve a seguinte manifestação do Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal:

[...] o Código de Processo, de 2015, uniformizou os prazos recursais, abrindo uma única exceção, ligada aos embargos declaratórios. Hoje, o agravo interno é passível de ser interposto em 15 dias, ou seja, passados 15 dias, que o Código também impõe sejam tomados os dias úteis ó de 5 corridos partiu-se para 15 dias úteis. Em interpretação integrativa, uma vez que, no campo patrimonial, deu-se tratamento mais favorável ao recorrente, não posso entender que persiste o prazo de 5 dias corridos, quando o agravo for em processo criminal, a envolver a liberdade de ir e vir do cidadão. Então, tenho que o artigo 39 da Lei 8.038/1990, o 317 do Regimento Interno do Supremo e o 798 do Código de Processo Penal foram suplantados por essa nova disciplina. Repito: não consigo, na condição de juiz, conceber que se tenha o agravo, no processo civil, como passível de ser interposto em até 15 dias úteis, passados da intimação, e se conclua que, no tocante ao agravo relativo ao processo criminal, a envolver a liberdade de locomoção, o prazo seja de 5 dias corridos. Por isso, estou conhecendo do agravo; entendo-o tempestivo [...] (BRASIL, STF, AG. REG. no RE com AGRAVO n. 1.064.655, 2017).

Tal julgado confirma o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da aplicação dos institutos processuais civis ao processo penal, pois, em uma pesquisa simples, se encontra julgados, no sentido de aplicação do Código de Processo Civil, ao direito processual penal ao ato de decidir (BRASIL, STF, AI n.º 664567; AI n.º 693752). Destarte, as regras processuais civis, estatuídas pelo novo código, devem ser aplicadas ao processo penal, pois, do

²²⁰ Art. 15 do novo Código de Processo Civil ó ãNa ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.õ

contrário, a inaplicabilidade da nova disciplina acabaria por gerar severas discontinuidades no sistema processual brasileiro (SILVA, 2016, p. 522-523).

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil não somente tornou formal a necessidade de respeitar um sistema de precedentes vinculantes, mas, na essência, essa matéria não tem uma relação direta com a legislação processual civil. Portanto, ao analisar-se a *novel* legislação civilista, sob a mencionada ótica, pode-se concluir que a teoria dos precedentes tem aplicação no direito processual penal, pois a citada teoria está situada na teoria das normas e, como tal, deve ser aplicada de forma geral a todo o ordenamento jurídico brasileiro (KIRCHER, 2018, p. 140).

Destarte, os novos institutos introduzidos no sistema jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil devem ser aplicados ao processo penal, mormente a técnica da teoria dos precedentes que propicia a realização dos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica.

7.6 Os precedentes e o processo penal brasileiro

As atuais legislações indicam que o Brasil está implantando um sistema de precedentes vinculantes e, assim, pode-se afirmar que houve uma evolução do direito diante de influências do sistema da *common law*. O sistema de precedentes introduzido não descuroou do fato de que o direito processual penal extrai seu sustentáculo da Constituição e de uma teoria geral do processo em uma conjugação coordenada e sistêmica dos princípios gerais. A evolução do sistema processual redundou, além das fontes do direito comumente aceitas, em outra fonte como meio de trazer maior segurança jurídica ao sistema, qual seja, a teoria dos precedentes judiciais vinculantes no processo penal brasileiro. Tal teoria é uma necessidade para ampliar o espectro de segurança jurídica e tornar mais previsível o direito. O Poder Judiciário, na justiça criminal, enfrenta grandes dificuldades em compatibilizar, com suas regras, leis e princípios, a conservação da ordem na sociedade com a liberdade individual.

Ora, os direitos penal e processual penal estão ligados diretamente ao princípio da legalidade que remonta à Magna Carta de 1215²²¹. Trata-se de uma necessidade na busca da

²²¹ De 15 de junho de 1215: "Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra" (USP, 1215, p. 01).

segurança jurídica frente ao arbítrio do Estado na aplicação do *ius puniendi*. Historicamente buscou-se, então, a taxatividade das leis como solução para os casos afastando-se por completo a participação do magistrado, pois a ele cabia tão somente aplicar a lei pelo silogismo. Como se sabe, foi uma utopia, já que é impossível aplicar a lei sem interpretá-la, mormente diante da constatação de que nem sempre, na elaboração das leis penais, os representantes do povo conseguem expressar de forma clara e unívoca. Assim, com o passar do tempo, constatou-se a disparidade de interpretações das leis, o que ocasionou insegurança jurídica, ou seja, os princípios da legalidade e da taxatividade não foram suficientes para garantir a uniformidade do direito aplicado, sendo violado, assim, o princípio da igualdade.

Não se quer dizer que o princípio da legalidade não é fundamental para a garantia da liberdade do cidadão, pelo contrário, é essencial. O papel importante da lei é notório, mas a exigência estatuída aos direitos penal e processual penal pelo princípio da legalidade não encerra os problemas quando do ato de aplicação ao caso concreto. Com efeito, o papel assumido pelo Poder Judiciário torna-se absolutamente relevante na função de delimitar o alcance do direito (GOMES, 2008, p. 1-2, 7 e 39).

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] embora a norma jurídica como base decisória não possa ser dada exclusivamente pelo texto legal, a importância da lei reside justamente na função de delimitar o âmbito dentro do qual ao juiz é permitido criar, de maneira que a decisão do juiz deve ser subsumível ao texto da norma criada pelo legislador [...] (GOMES, 2008, p. 40).

Há, assim, uma criação jurídica pelo juiz que deve sempre partir do texto normativo. No entanto, como lembrado acima, não se quer dizer que se está abandonando o princípio da legalidade, pois ao juiz é vedado dar *regula iuris* sem ou contra a lei. Com efeito, reconhecer o direito criado judicialmente, a jurisprudência como fonte não afasta o princípio da legalidade (GOMES, 2008, p. 40-41).

O juiz, então, parte do texto normativo. O direito processual penal tem como fonte normativa principal o Código de Processo Penal, uma codificação que data de 1941 e que sofreu inúmeras alterações. Trata-se da regra geral, excetuando-se a justiça especializada eleitoral e militar, bem como aquelas que possuem procedimento especial disposto em lei extravagante. Lembre-se que a legislação extravagante possui natureza supletiva, pois se ligam à legislação codificada, qual seja, o Código de Processo Penal.

É sabido que ao Código de Processo Penal se aplicam as regras hermenêuticas de interpretação, tanto é que o próprio código assevera que, na lacuna da lei, nas omissões, no processo penal brasileiro, opera-se o preenchimento pela auto-integração (analogia) e a hetero-integração (o suplemento dos princípios gerais do direito) e mais, utiliza-se o costume na integração das leis, já que a prática judiciária ou forense, que dele é formada, constitui, muitas vezes, por meio dos estilos do foro, a única fonte reguladora de atos processuais e de sua respectiva coordenação, no procedimento, com outros atos e fases da relação processual.

Importante é o costume judiciário, ou seja, o *judicium est causa consuetudinis*, pois contribui, decisivamente, para a formação da *consuetudo fori*, do direito processual, a jurisprudência dos tribunais (MARQUES, 1980, p. 59-60 e 64-65). Com efeito, os julgados das cortes superiores e inferiores são de grande importância para se compreender o sentido e o alcance das leis. As leis processuais penais, como todas as leis, não expressam todos os seus objetivos de forma clara, havendo a necessidade de que os aplicadores do direito definam tanto o sentido semântico do texto normativo quanto o conteúdo fático dos vocábulos que compõem o discurso da lei.

Daí nasce a importância dos julgados que podem imprimir certa uniformização ao direito processual penal e é nesse momento que se reconhece na jurisprudência um certo caráter de fonte do direito. O processo de aplicação do direito é contínuo, pois os preceitos legais são suscetíveis de variadas interpretações, sendo fundamental levar em consideração as tendências jurisprudenciais das cortes superiores (MACHADO, 2009, p. 240). Portanto, nítido o papel da jurisprudência em clarear e delimitar o alcance do texto legal. E mais, o direito criado judicialmente também traz o texto legal para a atualidade de acordo com os valores de cada época. Assim, o direito criado judicial acaba sendo fundamental para o aumento da certeza e da igualdade na aplicação da lei (GOMES, 2008, p. 65).

Sobre a temática em questão, os ares moldam, no Direito Processual, a própria atividade dos juízes e seus auxiliares, e por isso não falta à jurisprudência processual aquela opinião necessitatis ou uso dos interessados, que constitui o elemento fundamental do direito costumeiro (MARQUES, 1980, p. 65).

Assim, diante da necessidade de segurança jurídica²²² e da aplicação de um direito igualitário²²³ como expressão da justiça, constata-se que as diversas possibilidades de interpretação ferem a garantia do cidadão em prever as consequências jurídico-penais que podem advir e mais: a sociedade fica ãa mercê de um exercício indeterminado do *ius puniendi* estatalõ. Ora, as decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo tema confirmam que o princípio da legalidade por si só não garante ao cidadão a segurança jurídica almejada pelo sistema processual penal. Isso ocorre não pela abertura que se confere aos juizes de interpretar o texto, mas muitas vezes pela õambiguidade explícita ou latente da valoraçãõ normativaõ (GOMES, 2008, p. 96).

Nesse aspecto deve-se buscar meios aptos para garantir ao cidadão a segurança jurídica. Sobre tal ponto, ressalta-se que:

[...] ainda que se reconheça a independência e a liberdade do Poder Judiciário, cabe ao Estado Democrático de Direito desenvolver ao máximo os mecanismos para corrigir as distorções dessa liberdade, especialmente quando esta acaba por afrontar outras garantias igualmente importantes [...] (GOMES, 2008, p. 96).

O quadro de incerteza que se apresenta diante das várias decisões contraditórias está presente tanto no sistema do *common law* quanto no *civil law*. Em ambos os sistemas, se buscou e se busca constantemente õmecanismos compensatóriosõ à liberdade que é conferida ao juiz no ato de interpretar a norma processual penal. Tal liberdade, aliada aos mecanismos compensatórios, acarretam uma reavaliação do direito. Portanto, pode-se dizer que, sem dúvidas, uma jurisprudência coerente e estável, bem como a aplicação da teoria dos precedentes, nos direitos penal e processual penal, garante ao cidadão segurança jurídica e igualdade de tratamento. Note-se que a õvalorização do precedente judicial apresenta-se como uma importante via para assegurar ao cidadão os valores contidos na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*õ (GOMES, 2008, p. 65 e 97).

Busca-se, assim, uma nova forma de decidir. Comumente se diz que uma decisão judicial é a lei para o caso concreto, pois o juiz, ao debruçar-se sobre a lide posta, cria a norma para o caso que examinou. No entanto, diante da necessidade de se garantir ao cidadão tratamento isonômico, bem como lhe garantir segurança jurídica, o juiz deve pensar além do caso concreto. Com efeito, o magistrado deve, ao interpretar, evitar lançar mão de critérios individualizadores. Deve interpretar õde maneira que sua exegese possa ser efetiva para todos

²²² No Capítulo 6 foi arguida a insegurança jurídica do sistema da *civil law*.

²²³ Corolário do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

os outros casos similares. Portanto, falta aos magistrados e às cortes de justiça brasileiras aproveitarem o melhor o poder de decidir importantes questões de direito e mais, compreender e agir de acordo com a premissa de que a jurisprudência e os precedentes são fontes dos direitos penal e processual penal (GOMES, 2008, p. 100-101).

A aplicação do Código de Processo Civil ao direito processual penal é tema de relativo consenso, mormente pelo fato de que não é possível considerar ilhas legislativas, estanques, pois um não pode sobreviver sem recurso a influência dos outros diplomas. Com efeito, o Código de Processo Penal é expresso em remissões à norma processual civil, como, por exemplo, a citação com hora certa, o depósito e a administração de bens. Assim, deve ser reconhecida a aplicação de dispositivos como os artigos 926 e 927 do CPC, que estabelecem o dever de estabilidade da jurisprudência e da vinculação dos juízos aos precedentes (TAVARES, 2016, p. 226-227).

A aplicação da teoria dos precedentes, no processo penal brasileiro, é tema que causou repercussões quando da publicação do novo Código de Processo Civil, no entanto, sustenta-se que há uma equivocada preocupação, pois já existia, em nosso sistema, ainda que pertencente à família romano-germânica, a *civil law*, a vinculação hoje presente na teoria dos precedentes prevista no novo Código de Processo Civil (CRUZ, 2016, p. 328).

No sentido de que o sistema já continha instrumentos de vinculação das decisões judiciais, afirma-se que:

[...] os mecanismos de vinculação (já existiam) conforme o formato e a origem da decisão, tais como as súmulas vinculantes, os julgamentos em ações diretas de constitucionalidade, em arguição de descumprimento de preceito fundamental e em julgamentos de recursos especiais sob o rito dos recursos repetitivos [...] (CRUZ, 2016, p. 328).

Assim, o sistema processual brasileiro, tanto civil quanto penal, com as novas regras de vinculação de tribunais e juízes aos precedentes, tem o nobre propósito de conferir ao sistema judiciário nacional maior dose de estabilidade, integridade e coerência (CRUZ, 2016, p. 328).

Sobre tal ponto, a teoria dos precedentes no Brasil caminha para afastar a insegurança jurídica causada pelas disparidades de decisões sobre o mesmo tema. Com efeito, ao adotar-se no Brasil o sistema jurídico da família da *civil law*, na expectativa de segurança jurídica e no tratamento igualitário sob o império da lei, descuroou-se do papel criativo do magistrado. De outro lado, no sistema jurídico da família da *common law*, como sempre foi conferido ao

magistrado o papel criativo, para se garantir a segurança jurídica ao sistema e o tratamento isonômico ao cidadão, foram criados mecanismos que, ao invés de diminuir, aumentaram as garantias que são dadas ao indivíduo frente às alterações jurisprudenciais.

Com efeito, no sistema brasileiro, historicamente, buscou-se, sob o império da lei, uma estabilidade com a uniformização da jurisprudência. No sistema da *civil law*, há a preocupação sistêmica, ou seja, uma ordem racional, um conjunto de preceitos para evitar-se o casuísmo do caso concreto. Há, então, a supremacia da lei na busca da segurança jurídica. No sistema da *common law*, a busca da segurança jurídica ocorre pelo respeito ao precedente. Assim, constata-se que há um objetivo comum entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, qual seja, a busca pela estabilidade do direito e o afastamento do arbítrio (GOMES, 2008, p. 107-108 e 172).

Assim, constatando-se que há um objetivo em comum, não há razão para que não se aceite a adoção de instrumentos processuais oriundos de um sistema em outro, pois a interpenetração dos sistemas sempre ocorreu diante da evolução do direito, tanto é que há hoje uma codificação crescente no sistema da *common law* norte-americana, bem como se está vivenciando o adentrar, no sistema brasileiro, da teoria dos precedentes. Sobre a aproximação dos sistemas da *civil law* e da *common law*, apontando-se como um benefício ao ordenamento jurídico, ressalta-se que:

[...] eventual aproximação do direito brasileiro em relação ao sistema da *common law* não significa abandono das garantias do princípio da legalidade, mas, ao contrário, é a partir da admissão de que a jurisprudência tem importante papel na criação do direito penal que as garantias da legalidade passam a ter chance de sobreviver [...] (GOMES, 2008, p. 109).

Anteriormente afirmou-se que os sistemas da *civil law* e da *common law* buscam a previsibilidade, a certeza e a segurança jurídica cada um de acordo com suas fontes. No entanto, foi visto também que há uma aproximação entre os sistemas. A referência à uniformização da jurisprudência penal a partir do reconhecimento da importância dos entendimentos judiciais para a formação do direito aproxima, de certa forma, o ordenamento jurídico brasileiro à sistemática da *common law* (GOMES, 2008, p. 107).

É importante ressaltar que, ao abordar-se os direitos penal e processual penal, há a preocupação sobre uma eventual ofensa ao princípio da legalidade quando se pretende aplicar-

se a teoria dos precedentes. Para minimizar tal preocupação, pode-se citar uma pesquisa²²⁴ realizada sobre as divergências jurisprudenciais na *civil law* e na *common law*. Constatou-se que, sob o império da lei, na *civil law*, há o papel criativo em relação aos tipos penais, pela jurisprudência, mas há severos contrastes e divergências. De outro lado, sob a tutela da teoria dos precedentes, na *common law*, constatou-se o mesmo papel criativo, mas desconheceu-se qualquer divergência jurisprudencial. Ora, realmente a questão é conturbada, mas não é possível expressar abstratamente, no tipo penal, o que se quer proibir de forma inequívoca. Assim, a literatura especializada e a jurisprudência penal são imprescindíveis para que se compreenda o direito penal, e mais, o precedente fixa o limite interpretativo, trazendo maior taxatividade e, portanto, previsibilidade, coerência e segurança jurídica ao sistema.

Enfim, o papel fundamental dos precedentes e da jurisprudência no direito penal traz maior segurança jurídica, pois ãnegar o efetivo valor de colaboração do Poder Judiciário na construção dos institutos da parte geral e dos tipos incriminadores, por sua vez, é não conhecer que existem limitações intransponíveis ao legislador quando se trata de delimitar, taxativamente, os limites do *ius puniendi*.

Destarte, os precedentes e a jurisprudência penal adquirem ãvalor de norma jurídica e contribuiõ para orientar a todos sobre o que é penalmente ilícito (GOMES, 2008, p. 64-65, 72 e 108-109).

Neste sentido, afirma-se que:

[...] o precedente constitui-se como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais exista idêntica questão de direito [...] isto é, os precedentes constituem as principais decisões de determinado ordenamento jurídico, cuja função primordial consiste em servir de modelo para decisões posteriores. O regime de precedentes representa o direito observando a si próprio (STRECK; ABOUD, 2015, p. 70).

Ora, aplicar a teoria dos precedentes aos direitos penal e processual penal é uma necessidade e uma certeza, pois o resultado proporcionado (igualdade e segurança jurídica) é um bem precioso quando se analisa a aplicação do *jus puniendi*. No entanto, na aplicação da mencionada teoria, dos princípios dos direitos penal e processual penal, como o da irretroatividade e o do *tempus regit actum*. No primeiro, ãirretroatividade²²⁵õ, o precedente, em

²²⁴ *Civil Law* ó direito italiano; *Common Law* ó direito escocês.

²²⁵ Trata-se de um princípio constitucional nos termos do artigo 5º, XL, da Constituição Federal ó ãa lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.õ

matéria penal, não pode retroagir para prejudicar o réu²²⁶, de outro lado, se for benéfico retroagirá e concederá o direito, inclusive, de uma Revisão Criminal. Nesse sentido, pode-se afirmar que, em matéria penal, os precedentes *in mallan partem* são jurisprudência persuasiva para o passado e como precedentes normativos formalmente vinculativos para o futuro (ZANETI JR 2016, p. 464).

Nesse ponto, a modulação dos efeitos, nos direitos penal e processual penal, deve ser diferenciada, pois deve se adequar aos princípios constitucionais norteadores, como a irretroatividade maléfica e a irretroatividade benéfica. A irretroatividade normativa, no direito penal, é fundada na garantia do cidadão de ausência de punição por fatos que, quando da prática da conduta, não eram considerados crimes. Mas tal assertiva é irretroatividade do precedente maléfica é ponto de grandes discussões doutrinárias mundo afora. Sustenta-se, por exemplo²²⁷, que o precedente, em matéria penal, pode retroagir ainda que prejudique o acusado, já que não houve alteração legislativa, ocorrendo somente a declaração sobre a lei que já existia ao tempo do crime.

Analisando o fundamento do posicionamento citado acima, constata-se que há a aplicação da teoria declarativa, ou seja, de que o juiz somente declara o que a lei já dispunha. No entanto, como já visto anteriormente, é pacífico atualmente que o juiz tem função criativa do direito, complementando a tarefa iniciada pelo legislador (KIRCHER, 2018, p. 178-180 e 183). Assim, se o juiz cria o direito, na *civil law*, partindo da lei, não há como o novo precedente ser maléfica retroagir, pois deve-se aplicar o mesmo adágio aplicado à lei, qual seja, da irretroatividade da lei maléfica.

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] deve-se ter em conta que a mudança do precedente se diferencia da alteração jurisprudencial, na medida em que há uma efetiva alteração do Direito vigente e não apenas uma mudança de entendimento do órgão julgante. Por isso a lógica deve ser outra, uma vez que os precedentes devem ser encarados como fontes primárias do Direito e complementares à legislação [...] (KIRCHER, 2018, p. 183).

E mais:

[...] no âmbito penal, o comando de irretroatividade benigna e irretroatividade *in mallan partem* dos precedentes deve ser lido não como faculdade, mas sim como uma obrigatoriedade de cariz constitucional [...] já quanto aos precedentes que versem

²²⁶ Artigo 2º, Parágrafo único, do Código Penal é a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

²²⁷ No direito alemão.

estritamente sobre matéria de Direito Processual, estes terão aplicabilidade imediata [...] (KIRCHER, 2018, p. 187).

O *tempus regit actum*, no direito processual penal²²⁸ vigente, o precedente tem aplicação imediata, inclusive aos casos em andamento, pois incidem no curso do processo. Portanto, há em andamento uma alteração na teoria dos direitos penal e processual penal em decorrência da teoria dos precedentes, podendo-se afirmar que a aplicação do precedente é *pro futuro in malam partem* no direito penal; e *tempus regit actum* no direito processual penal (ZANETI JR., 2016, p. 464-465).

Destarte, deve-se pontuar que a aplicação retroativa do precedente benéfico²²⁹, bem como a aplicação imediata ao processo penal não é uma analogia *in malam partem* decorrente de alterações jurisprudenciais, pois como se sabe, é nítida a diferenciação de precedente com jurisprudência, conforme já visto anteriormente. Sobre a temática em questão, ressalta-se:

[...] las leyes penales necesitan ser interpretadas para poder se aplicadas y de hecho los precedentes se utilizan para desentrañar la voluntad legislativa. El argumento por analogía es distinto de la interpretación basada em precedentes, porque mientras el primero lleva a la extensión de una regla a una situación que es diversa de la que está directamente prevista em ella, el segundo se utiliza para especificar y determinar el correcto significado de la propia regla [...] (RAMÍREZ, 2013, p. 228).

Assim, a função dos precedentes, nos direitos penal e processual penal, não pode substituir a função do legislador, ou seja, tal mister não pode ser delegada aos juízes e tribunais diante do princípio da legalidade. No entanto, diante da nova teoria dos precedentes estatuída no novo Código de Processo Civil, não se pode deixar de aplicar os institutos que visam o tratamento igualitário e propicia a segurança jurídica. Ora, se se considerar o sistema processual como um todo, o novo Código de Processo Civil é o núcleo, entorno do qual gravitam os demais ordenamentos processuais, inclusive o processual penal. Assim, a aplicação é imediata, mas subsidiária. A aplicação deve ser realizada sempre com amparo nas

²²⁸ De acordo com o artigo 2º do Código de Processo Penal a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

²²⁹ A respeito da retroatividade do precedente benéfico, pode-se citar o julgado em sede de precedente representativo de controvérsia que redundou na edição da Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal. Conforme pode ser constatado no seguinte trecho: “[...] Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI n.º 1.571 MC), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei n.º 8.137/1990 que é material ou de resultado, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. [...] HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P, j. 10-12-2003, DJ de 13-5-2005. Assim, trata-se da constituição da materialidade do crime que, por decisão do Supremo Tribunal Federal ficou decidido que só ocorrerá quando houver a constituição definitiva do débito tributário. Portanto, se algum cidadão foi condenado anteriormente por crime contra a ordem tributária sem que o crédito tributário tenha sido constituído definitivamente, pela teoria dos precedentes, o entendimento vinculante exarado pelo Supremo Tribunal Federal deve retroagir em homenagem ao adágio da retroatividade benéfica.

regras constitucionais penais e processuais penais. E mais, a análise deve ser realizada com o intuito de preservar os sistemas.

Destarte, a aplicação da teoria dos precedentes, nos sistemas penal e processual penal, é supletiva²³⁰, pois o novo Código de Processo Civil deve ser encarado como um novo movimento, permeável, plástico e adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. Neste sentido, a aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual como forma de controle de adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria dos direitos penal e processual penal não permitirem (ZANETTI JR, 2016, p. 458-462).

Portanto, a aplicação da teoria dos precedentes, nos direitos penal e processual penal, é inevitável diante do almejado princípio da igualdade e da desejada segurança jurídica. Ora, é fundamental, em um sistema jurídico, seja da *civil law* ou da *common law*, que haja segurança jurídica. Nos direitos penal e processual penal, tal necessidade é muito mais acentuada, pois o conflito situa-se dentro do *status libertatis* do cidadão. Portanto, mais do que qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, é, no direito punitivo, que a necessidade de previsibilidade se faz sentir com maior acuidade, resta claro o prejuízo sofrido pela liberdade quando a jurisprudência é instável ou incerta.

Repita-se, decisões contraditórias ó na seara dos direitos penal e processual penal em confronto com os princípios da legalidade e da taxatividade ó colocam em evidência a necessidade de serem claramente definidos os contornos da tão festejada segurança jurídica. Neste contexto, o papel da jurisprudência e dos precedentes trazem previsibilidade ao direito de punir do Estado, pois é, sem dúvidas, um meio para garantir a concretização das liberdades ínsitas ao Estado de Direito (GOMES, 2008, p. 105).

Não se olvida que a técnica dos precedentes pode limitar a atuação discricionária dos juízes, mas também há certa liberdade, pois o alcance do *holding* é definido na interpretação realizada pelos juízes. De toda sorte, com a técnica dos precedentes, possibilita-se alcançar uma certeza, ou seja, busca-se a previsibilidade, a justiça, a eficiência judiciária e a integridade do sistema judicial. Nesse passo, a previsibilidade é alcançada pela possibilidade de se saber qual será o direito a ser aplicado a casos semelhantes ao do precedente, propiciando estabilidade

²³⁰ Há previsão legal que sustenta tal assertiva, qual seja, o artigo 3º, do Código de Processo Penal ó lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

econômica e crescimento. A justiça pelo precedente é fundada no direito da igualdade²³¹, pois casos semelhantes são decididos de forma similar e, com o precedente vinculante, evita-se decisões injustas e arbitrárias.

Com efeito, a eficiência judicial, com a teoria dos precedentes, pode ser aferida em dois aspectos. Primeiro pelo fato de que, havendo aplicação do precedente sobre determinado tema, as partes se sentem desencorajadas a litigar quando, desde já, sabem qual será o deslinde da questão²³², o que induz, por certo, a celebração de acordos. O segundo aspecto pode ser traduzido pela celeridade²³³, já que, uma vez havendo precedente sobre o tema, ele será o guia da decisão e, por isso, o corte não precisa considerar novamente todos os princípios legais e questões do caso, pois basta aplicar a tese jurídica fundada no precedente (FINE, 2011, p. 76-77).

Dessa forma, não se pode esquecer que a teoria dos precedentes chega ao Brasil com influências externas e, assim, a transposição de institutos é matéria a ser tratada com cautela, pois, ao contrário das outras ciências, não há, no direito, sinais convencionados para a linguagem técnica, como nas ciências exatas. É comum no direito um sistema se inspirar em outro e, diante do sucesso de um determinado instituto, bem como diante da evolução avançada do direito em alguns países, há uma tendência de transposição de institutos. No entanto, deve-se haver cautela, pois pode ocorrer o problema de transposição de noções e conceitos jurídicos, sem contar com os problemas de tradução linguística, literal ou filológica (SOARES, 2000, p. 181-184).

Nesse contexto, para a adoção da teoria dos precedentes, é necessário ter cautela e buscar como os sistemas já adotam tal técnica, como o inglês e o norte-americano. Trazer a teoria dos precedentes para os direitos penal e processual penal pode gerar problemas de adaptações, pois a tradução de modelos estrangeiros transcende problemas meramente linguísticos, pois há a barreira cultural, sendo que, por vezes, tais pontos são impeditivos do sucesso. Nesse ponto, o direito norte-americano tende a ser o mais propício para a adaptação no Brasil, pois o direito penal nos Estados Unidos é derivado de um sistema híbrido, possuindo fontes na *common*

²³¹ Reafirma-se, então, pela aplicabilidade da teoria dos precedentes ao processo penal brasileiro, pois assim, se dá efetividade ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988.

²³² Neste ponto é possível acolher, mediante proposta legislativa, da técnica do *plea bargaining*, pois sabendo que o precedente vinculante não lhe socorrerá e, diante de uma certeza, poderá realizar a resolução da causa sem litigar.

²³³ Cumpre-se, assim, o mandamento constitucional da razoável duração do processo previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal e, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

law e no direito legislado. Com efeito, na *common law* do sistema norte-americano, o precedente é fonte predominante, mas, a partir do século XIX, houve a multiplicação dos tipos penais, como, por exemplo, o *Model Penal Code*, ou seja, o direito penal norte-americano reflete a síntese entre o pretense código modelo, a tradição da *common law* e as regras que refletem particularidades estaduais (GODOY, 2004, p. 41-45 e 411).

A teoria dos precedentes, por vezes, recebe crítica por ser uma americanização do sistema brasileiro. Sobre o tema, é indelével que a influência do direito processual penal norte-americano é arraigada, pois tem observado de parâmetro para a sedimentação de certos direitos e garantias do acusado no mundo todo (CRUZ, 2013, p. 24). A respeito do tema de americanização, após a Segunda Guerra Mundial, o sistema legal norte-americano passou a ter grande importância no mundo, gerando influência no direito constitucional, na forma de aplicação da doutrina e da jurisprudência, na metodologia da educação jurídica, bem como na reforma do judiciário. Houve, assim, um número elevado de sistemas que passaram a se assemelhar ou mesmo imitar o sistema em comento ou, de outro modo de apresentar o problema, não uma americanização, mas uma recriação da prática legal americana em sistemas não americanos.

Ainda sobre a americanização, na Alemanha, Itália, Argentina e França foi introduzido o *plea bargaining* no procedimento processual penal, mas, como dito anteriormente, houve uma recriação do instituto, já que foi implantado com diferenças substanciais, mormente pelas diferenças estruturais do processo penal dos países mencionados e do norte-americano. Em alguns casos, as diferenças substanciais entre o sistema norte-americano e os sistemas que passaram a adotar o *plea bargaining* não são oriundas da incompatibilidade da *common law* e a *civil law*, mas são reservas à possível perda de poder que o sistema presente, nos países mencionados acima, propicia aos agentes encarregados do procedimento processual penal.

É importante ressaltar que as diferenças culturais também são fatores a considerar e, neste aspecto, quando do transplante, devem ser consideradas eventuais transformações para a adequação do sistema que recebe a influência externa. Note-se que não é possível realizar o *custed and pasted* entre um sistema e outro, pois é necessário realizar uma circulação de ideias de transformação das instituições e dos atores jurídicos (LANGER, 2004, p. 1-6).

Assim, havendo a transposição de um instituto de um sistema ao outro, guardadas as similitudes do instituto que se deseja transpor, o que ocorre realmente, conforme se notou nos

exemplos acima (Alemanha, Itália, Argentina e França), diante das diversidades culturais e desenvolvimento do direito em cada país, é mais uma criação do que verdadeira transposição (SOARES, 2000, p. 185).

Sobre tais assertivas, ressalta-se que:

[...] as dificuldades de transposição de institutos jurídicos de um sistema para outro, dificuldades não só linguísticas, mas sobretudo de correspondência das realidades jurídicas entre o direito brasileiro, da família da *civil law*, e do direito dos EUA, da família da *common law* [...] (SOARES, 2000, p. 188).

Assim, a transposição do sistema de precedentes do sistema da *common law* para o direito da *civil law* deve ser parcial, ou seja, o estudo nos conduce a pensar que lo único que resulta racional y viablemente esperar es um transplante limitado de la doctrina y práctica del *stare decisis* (TAGLE, 2012, p. 208).

Dessa forma, ainda que se tenha uma influência do sistema norte-americano, em termos da teoria dos precedentes, é certo que a importação do sistema gera fragmentação e divergência no sistema brasileiro da *civil law*. Para que não se incorra em tal erro, é necessário que se faça uma tradução e não um transplante do sistema. A tradução a que se refere é uma leitura considerando a cultura e as diferenças estruturais dos sistemas. Assim, ao realizar-se uma tradução do sistema externo com uma circulação de novas ideias respeitando-se as diferenças culturais e estruturais, é possível ter um sistema de precedentes em direito penal e processual penal que atenda o sistema brasileiro de forma coerente e justo e, assim, propiciar previsibilidade, igualdade e segurança jurídica.

7.7 Considerações parciais

O processo penal e a teoria dos precedentes foram o ponto inicial da investigação, ou seja, que as divergências processuais existentes, no atual sistema, podem ser sanadas com a aplicação da teoria dos precedentes prevista no novo Código de Processo Civil. Diante da existência de uma teoria geral do processo, vislumbra-se que é possível sustentar que, com o advento do novo Código de Processo Civil, houve uma sinalização de que se deve aplicar a teoria dos precedentes ao direito processual penal, mormente se for realizada uma interpretação, da legislação adjetiva (penal ou civil) como um instrumento que deve ser aplicado à luz da Constituição Federal, pois o estudo indica que há uma relação do direito processual penal com o constitucionalismo, pois a atuação da legislação adjetiva é limitada pela lei fundamental. Isso

ocorre, com efeito, pela existência de um conjunto de normas, sistêmico, que devem obediência à norma superior.

Constatou-se, durante a pesquisa, que houve uma evolução no direito processual penal brasileiro, pois a atualização da legislação reforçou o valor da jurisprudência e, a evolução como ciência, afastou o sistema processual penal do formalismo e adotou uma instrumentalidade sem se afastar dos princípios constitucionais e aproximou-se do direito regulado por decisões judiciais, indicando o cabimento da teoria dos precedentes. O estudo da temática revelou que é possível aplicar os instrumentos previstos no novo Código de Processo Civil ao direito processual penal, pois tal norma adjetiva não é um sistema fechado, considerando que a norma adjetiva penal faz parte da teoria geral do processo e há uma comunicabilidade dos institutos que propiciam coerência ao sistema jurídico brasileiro como um todo. Acrescendo aos argumentos a tal assertiva, o estudo revela que a regra do precedente se equipara à regra da lei, sendo, inclusive, mais minuciosa e, desta feita, deve-se aplicar a mesma sistemática jurídica. E, se assim é, analisando o artigo 2º do Código de Processo Penal²³⁴, pode-se concluir que a regra do precedente deve ser aplicada de imediato ao sistema processual penal brasileiro.

As diferenças entre os sistemas da *civil law* e da *common law* não atingem só o direito substantivo, mas também as normas adjetivas e, assim, a transposição de institutos de um sistema a outro deve ser implementada com cautela. Assim, ao se introduzir a teoria dos precedentes no Brasil, instituto com nítido fundamento na *common law*, deve-se adequar as novas técnicas aos princípios constitucionais e regras do direito processual penal brasileiro e, assim, instaurar-se a teoria dos precedentes à moda brasileira, como ocorre nos sistemas híbridos que recepcionam os institutos de outros sistemas, mas com adaptações ao direito local.

Destarte, havendo uma teoria geral do processo, o novo Código de Processo Civil é uma regra que tem incidência não só no âmbito civil, mas em todas as demais áreas do direito, inclusive no direito processual penal e, assim, aplica-se a teoria dos precedentes ao direito processual penal, ou seja, a almejada segurança jurídica e sua estabilidade poderão ser ampliadas ao sistema, já que a *novel* norma processual civil deve irradiar efeitos para além das relações civis, afetando diretamente o direito processual penal em benefício de uma unidade sistemática do direito adjetivo brasileiro.

²³⁴ A lei processual penal será aplicada, desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

8 A COISA JULGADA NOS DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO NA TEORIA DOS PRECEDENTES

Nas relações jurídicas que o cidadão entabula diariamente, a segurança e a estabilidade são temas caros, pois para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo (CHIOVENDA, 1965, p. 370). A coisa julgada, então, surge como instrumento importante na estabilização das relações. No Brasil a coisa julgada está prevista na Constituição Federal que estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada²³⁵. O Brasil ainda é signatário do *Pacto São José da Costa Rica*²³⁶ que, na essência, também reconhece a coisa julgada, pois estabelece que é uma garantia judicial de que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

Trata-se de previsão antiga no sistema brasileiro, pois, similar ao texto previsto na Constituição Federal brasileira, há a Lei de Introdução às Normas Brasileiras²³⁷ no sentido de que a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. No direito processual civil, se denominava tal instituto como a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário²³⁸.

Já o novo Código de Processo Civil²³⁹ assegura que transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido, ou seja, fica impedida a rediscussão sobre o tema que foi objeto do litígio, pois nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide²⁴⁰, ou melhor, forma-se a coisa julgada que o

²³⁵ Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²³⁶ Artigo 8º, item 4, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.

²³⁷ Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942.

²³⁸ Artigo 467 do antigo Código de Processo Civil a denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

²³⁹ Artigo 508 do novo Código de Processo Civil a transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

²⁴⁰ Artigo 505 do novo Código de Processo Civil a Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide [...]

citado código conceitua²⁴¹ como ãa autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recursoö.

No direito processual penal, a coisa julgada ganha contornos importantes, já que a estabilização da relação processual do Estado frente ao cidadão se refere a um bem relevante, qual seja, o *status libertatis*. A coisa julgada, no direito processual penal, pode ser extraída do sistema quando se admite a revisão de processos findos²⁴², ou seja, tradicionalmente encerra-se o processo com a sentença que não pende de recurso formando-se a coisa julgada. Pode ainda ser extraída também da previsão da exceção da coisa julgada²⁴³.

Assim, a coisa julgada é instrumento importante na estabilização das relações. No entanto, a coisa julgada não é absoluta e, assim, surge a indagação se, nos direitos penal e processual penal brasileiro, pode ser mitigada pela teoria dos precedentes. Tal inquietação adentra em uma nova realidade introduzida no sistema processual brasileiro pela teoria dos precedentes. A mitigação da coisa julgada já existe no sistema, como no caso de provimento de Revisão Criminal e na concessão de ordem de *Habeas Corpus* e sustenta-se que pode ser ampliada pela fixação de tese jurídica em sede de precedente vinculativo, pois, em sendo obrigatório, deve aplicar-se a todos os casos, inclusive os já acobertados pelo manto da coisa julgada.

Assim, a problemática para a pesquisa é a possibilidade de flexibilização da coisa julgada de uma sentença penal condenatória diante de um precedente vinculante posterior. Como hipótese para a inquietação, responde-se que é possível afastar a coisa julgada, como já ocorre com a Revisão Criminal e a concessão de *Habeas Corpus*, quando um precedente apresenta nova interpretação da lei que beneficie o condenado, bem como quando a sentença condenatória é fundada em lei ou interpretação da lei que fundamentou o decreto condenatório que posteriormente são declaradas inconstitucionais.

²⁴¹ Artigo 502 do novo Código de Processo Civil ó Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recursoö

²⁴² Artigo 621 do Código de Processo Penal ó DA REVISÃO - Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da penaö

²⁴³ Artigo 95, V, e artigo 110, §2º, do Código de Processo Penal (õArt. 95. Poderão ser opostas as exceções de: [...] V - coisa julgadaö) e (õArt. 110. Nas exceções de litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, será observado, no que lhes for aplicável, o disposto sobre a exceção de incompetência do juízo. [...] §2º A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentençaö).

Portanto, é necessário analisar a coisa julgada, nos direitos penal e processual penal brasileiro, a mitigação existente em decorrência da Revisão Criminal e do *Habeas Corpus* e, por fim, a possibilidade de nova mitigação em decorrência da aplicação do precedente vinculativo aos casos já julgados e com o trânsito em julgado.

8.1 A coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro

O cidadão tem necessidade de segurança jurídica tanto no sistema da *civil law* quanto na *common law*. No direito brasileiro, a legislação editada pelo Estado regula as relações sociais para que haja estabilidade. Entretanto, quando a legislação não traz a almejada estabilidade, o Poder Judiciário é convocado para intervir e pacificar o conflito. Portanto, com a lei e a intervenção judicial, busca-se a estabilidade e, nesse aspecto, a coisa julgada no processo judicial é ponto relevantíssimo (OLIVEIRA, 2018, p. 519-520). Nesse sentido, os romanos a justificaram (a estabilidade) com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica (CHIOVENDA, 1965, p. 370).

A coisa julgada é, nesse ponto, instituto que propicia a mencionada estabilidade diante da imutabilidade e a não possibilidade de rediscussão do tema posto no processo. Mas é necessário, antes de tudo, definir o que vem a ser a coisa julgada, mas não é tarefa fácil, pois remonta ao Código de Hamurabi, uma vez que ao juiz que alterasse sentença prolatada era imposta sanção de multa e não poderia mais sentar-se com os juízes em um processo, ou seja, deixava de ser juiz. A proibição do juiz alterar a sentença prescrita no Código de Hamurabi também foi expressa no Digesto (Livro XLII, Título I), pois o juiz que proferir sentença deixa de ser juiz para aquele caso e mais, aqueles que confessaram em direito são considerados julgados.

Posteriormente, os textos normativos passaram a conceber a ideia da coisa julgada, mas, após os estudos de Savigny, o tema se aperfeiçoou, pois passou-se a atrelar à coisa julgada o jargão da ficção da verdade, a qual nada mais é do que o ponto de partida, ou seja, não se trata de alterar a realidade com uma ficção, mas de que o juiz posterior teria que conceber o juízo anteriormente proferido por juiz como certo, pois a coisa julgada lhe impedia de repetir juízo sobre o caso (NIEVA-FENOLLI, 2018, p. 106-108).

Existem várias concepções sobre a coisa julgada, no entanto, três são as centrais. Uma²⁴⁴ define a coisa julgada como a imutabilidade e a indiscutibilidade que se agrega ao elemento declaratório da sentença com o trânsito em julgado. Uma segunda concepção²⁴⁵ define a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos ou do conteúdo e dos efeitos da sentença. Por fim, a terceira concepção²⁴⁶ defende que a coisa julgada é uma situação jurídica, ou seja, se caracteriza pela relativa imutabilidade e indiscutibilidade da decisão judicial. Note-se que, qualquer que seja a concepção, há em comum a imutabilidade e indiscutibilidade geradas pelo trânsito em julgado da sentença. Há, contudo, predominância de uma concepção, ou doutrina, sobre as outras, qual seja, a de que a coisa julgada é uma situação jurídica relativa. Justifica-se a predominância, pois: (i) Situação jurídica porque efeito de um fato jurídico, tradicionalmente consubstanciado na sentença de mérito transitada em julgado; (ii) Relativa imutabilidade e indiscutibilidade porque a decisão não se torna absolutamente imutável e indiscutível (SENRA; SOUZA, 2016, p. 432-433).

De outro lado, pode-se definir coisa julgada como a opositivação judicial do quanto decidido, ou seja, o Estado disse qual era o direito para aquele determinado caso e, assim, o quanto decidido e contido no ditado judicial deve ser respeitado em benefício da certeza dos atos estatais e em benefício da paz social (ROCHA, 2009, p. 179). Assim, quando existe a coisa julgada é definida a imutabilidade do comando da decisão, ou seja, tem eficácia direta na relação e entre os sujeitos produzindo certeza (LIEBMAN, 2007, p. 21 e 105).

Portanto, a coisa julgada, diante dos artigos 966 e seguintes do novo Código de Processo Civil²⁴⁷ e dos artigos 621 e seguintes do Código de Processo Penal²⁴⁸, é relativa, pois,

²⁴⁴ Defendida por Pontes de Miranda.

²⁴⁵ Defendida por Enrico Liebman.

²⁴⁶ Defendida por José Carlos Barbosa Moreira.

²⁴⁷ "DA AÇÃO RESCISÓRIA - Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos."

²⁴⁸ "DA REVISÃO - Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena."

respectivamente, é possível a Ação Rescisória no direito processual cível e a Revisão Criminal no direito processual penal para, assim, afastar-se a imutabilidade e a indiscutibilidade de uma sentença transitada em julgado.

De outro lado, a aplicação da teoria civilista ao processo penal, no que tange à coisa julgada, é aceita há muito tempo diante da existência de uma teoria geral do processo²⁴⁹, ou seja, ão despeito das peculiaridades apresentadas pelo instituto no processo civil e no processo penal, o fenômeno (coisa julgada) em si é idêntico (SENRA; SOUZA, 2016, p. 432-433). No entanto, não se pode deixar de apontar que existem divergências sobre o tema. Com efeito, ao abordar-se o tema da coisa julgada, encontram-se afirmações de que é um instituto idêntico no direito processual penal e civil (GRINOVER, 1978, p. 5), conforme apontado anteriormente. No entanto, encontram-se estudos que afirmam ser distintas as acepções de coisa julgada penal e civil, pois há regras e princípios diversos, bem como é fundamental a diferença do bem jurídico tutelado.

Para os que defendem as diferenças, os efeitos da coisa julgada, no processo civil, são distintos dos apresentados no processo penal, pois neste é fundamental o julgamento do caso real, do fato, sendo que naquele o fundamento é uma declaração sobre uma qualificação jurídica de um fato. Destarte, no processo penal, a coisa julgada se refere ao fato principal que é julgado, ou seja, ão imutabilidade, inerente ao fato real, ao que aconteceu no mundo da vida ão que pode não ocorrer no processo civil.

Portanto, no processo civil, a qualificação jurídica aplicada ao caso concreto é imutável e indiscutível quando se opera a coisa julgada. Já no processo penal, a coisa julgada torna imutável e indiscutível a questão do fato real acontecido, sendo que os efeitos podem ser alterados, como, por exemplo, a execução da sentença condenatória no direito processual penal, cujo título executivo sofre alterações (progressão de regimes e livramento condicional) sem, contudo, alterar-se ão declaração de certeza do crime (RANGEL, 2012, p. 159-162).

A literatura especializada do direito processual penal considera a coisa julgada como a imutabilidade e a irrevogabilidade da decisão judicial. A Constituição Federal traz, no rol dos direitos individuais, a garantia de não ser julgado por duas vezes pelo mesmo fato ao reconhecer a existência da coisa julgada²⁵⁰, da mesma forma, acontece com a Convenção Americana de

²⁴⁹ A temática da teoria geral do processo foi tratada no Capítulo 7.

²⁵⁰ Artigo 5º, XXXVI ão ãa lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. ão

Direitos Humanos²⁵¹. Destarte, no Brasil, a coisa julgada se funda no direito constitucional como uma garantia e, no direito processual penal, pela preclusão e imutabilidade da sentença. O fundamento além do constitucional e processual, é político, já que é uma exigência prática para alcançar a pacificação social. De tal pormenor, pode-se concluir que há a relativização da coisa julgada no sistema brasileiro diante do cabimento de revisão criminal, por ter o condão, a coisa julgada, de manter a estabilidade das relações. Mas isso só é cabível quando for para beneficiar o acusado, ou seja, é *pro reo*.

No que concerne às acepções ou às posições doutrinárias divergentes, a coisa julgada pode ainda ser classificada como formal, material e soberana. Como foi dito, a coisa julgada no Brasil é uma exigência prática e política, mas, juridicamente, a imutabilidade da sentença decorre da preclusão. Com efeito, õprimeiramente a decisão é irrecorrível ou torna-se preclusa (coisa julgada formal) e, após, vem a imutabilidade da decisão, ou seja, a produção exterior de seus efeitos (coisa julgada material)ö. A coisa julgada formal, primeira mencionada acima, não produz coisa julgada material, pois a imutabilidade é interna ou endoprocedimental. Com efeito, na coisa julgada formal, é a decisão imutável para o próprio processo, não existindo produção exterior de seus efeitos. Já na coisa julgada material, há um julgamento de mérito (absolvendo ou condenando criminalmente) que se torna imutável. Note-se que, em um primeiro momento, mencionada sentença de mérito produz coisa julgada formal õe, após, produz-se a coisa julgada material, com a imutabilidade dos efeitos da sentença.

Há, então, no julgamento de mérito, dois degraus na coisa julgada. O primeiro ocorre quando não há possibilidade da interposição de recursos, ou seja, a coisa julgada é formal, para dentro do próprio processo. No segundo degrau, a coisa julgada material irradia o efeito da imutabilidade para fora dos limites do processo, õimpedindo novos processos penais sobre o mesmo casoö. Assim, de acordo com os pontos levantados acima, a questão é de qualidade, dos efeitos da sentença, pois a coisa julgada formal é concernente a não possibilidade de impugnação no processo, gerando efeito conclusivo. De outro lado, na coisa julgada material, a qualidade, ou efeito da sentença, diz respeito a não possibilidade de que o objeto julgado seja rediscutido em outro procedimento, õpois o direito de perseguir penalmente está esgotadoö (LOPES JR, 2012, p. 1110-1112).

²⁵¹ Artigo 8º, item 4, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969.

Além da coisa julgada material e formal, no Brasil, há ainda a existência da coisa julgada soberana, pois, quando a sentença penal for absolutória ou de extinção de punibilidade, há a plenitude da imutabilidade dos efeitos da sentença. Nesse contexto, um caso que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal ganhou notoriedade. Trata-se de uma decisão de extinção da punibilidade fundamentada em certidão de óbito falsa. No caso, decidiu-se que não havia coisa julgada soberana, pois a decisão de extinção de punibilidade foi considerada inexistente e, assim, não se operou a coisa julgada, pois não se impugnou, via recurso, a sentença declaratória de extinção da punibilidade, mas, sim, pleiteou-se a declaração de que a sentença não existe por não ser fundada em documento válido. Assim, considerou-se que um documento que não declara a realidade, o que não existe, por certo, não pode acarretar a coisa julgada.

Neste sentido, ressalta-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECISÃO QUE RECONHECE A NULIDADE ABSOLUTA DO DECRETO E DETERMINA O PROSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. [...] 1. A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. 2. [...] 3. Habeas corpus denegado (BRASIL, STF, HC n. 104.998/SP, 2010).

Destarte, por se tratar de temática diversa (inexistência), não se está relativizando a coisa julgada soberana.

Fixados os pontos sobre o tema, na coisa julgada formal, não é possível impugnar a sentença pela via recursal, enquanto que, na coisa julgada material, o objeto do julgamento não é passível de rediscussão, mormente quando soberana. A coisa julgada é, neste ponto, instituto que propicia a estabilidade jurídica diante da imutabilidade e da não possibilidade de rediscussão do tema posto no processo. No entanto, sustenta-se que tal instituto não é um direito absoluto e, assim, pode ser flexibilizado. Tal flexibilização é prevista no direito brasileiro, como a Ação Rescisória e atualmente os novos institutos do direito processual civil, como, por exemplo, a impugnação prevista no artigo 525, §12º, do Código de Processo Civil²⁵²

²⁵² “Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. [...] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também 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 do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.ö

(OLIVEIRA, 2018, p. 520-521). Há também a Revisão Criminal e o instituto do *Habeas Corpus* no direito processual penal brasileiro. Assim, pode-se afirmar que, no processo penal, trata-se de situação peculiar, já que a coisa julgada pode ser soberana em casos de absolvição e declaração de extinção de punibilidade, mas não será quando for possível de revisá-la ou afastá-la.

No sistema brasileiro, a coisa julgada pode ser revisada, no entanto, somente no interesse da defesa, ou seja, *pro reo*, nunca *pro societate* e se operacionaliza pela Revisão Criminal e também pela ordem de *Habeas Corpus*. Destarte, ãa sentença penal condenatória, por ser passível de revisão criminal a qualquer tempo, não será soberana, pois ãjamais produzirá uma plenitude de seus efeitos (LOPES JR, 2012, p. 1112).

Coisa julgada formal, material e soberana se vinculam sempre ao ponto de rediscussão do caso julgado e imutabilidade dos efeitos da sentença. No entanto, outro ponto importante é o limite da coisa julgada, ou seja, se refere ao âmbito de seu alcance. Nessa senda, a coisa julgada pode ser limitada objetiva, subjetiva e temporalmente. O limite objetivo da coisa julgada se refere ao mérito da demanda que é julgado, vale dizer: ãse tornará indiscutível justamente o pronunciamento judicial circunscrito ao mérito da causa (pedido e causa de pedir). Portanto, será indiscutível ãa parcela da realidade que será submetida à apreciação judicial e sobre a qual será proferida uma decisão definitiva (OLIVEIRA, 2018, p. 523-524 e 528).

Reforça-se que o limite objetivo da coisa julgada está ligado ao impedimento de que um fato natural seja rediscutido em outro processo, evitando-se, assim, o *bis in idem*. Com efeito, impede-se que ãos mesmos fatos sejam processados repetidamente, sendo indiferente que eles possam ser contemplados desde distintos ângulos penais. Tem-se, portanto, uma garantia do cidadão de não ser processado novamente pelo mesmo fato, ou seja, o limite objetivo da coisa julgada gera um efeito negativo.

De outro lado, sob o prisma dos limites subjetivos, o efeito da coisa julgada é ãcircunscrita, subjetivamente, pela identidade da pessoa do réu. Destarte, outra pessoa poderá ser julgada pelo mesmo fato, já que não ofende o princípio do *ne bis in idem*. Neste sentido, ãpara que a regra da coisa julgada funcione e produza seu efeito impeditivo característico, a imputação tem de ser idêntica, e isso somente ocorre quando tiver por objeto o mesmo comportamento atribuído à mesma pessoa (LOPES JR, 2012, p. 1113-1114).

Assim, de forma sucinta, os limites subjetivos da coisa julgada se referem ao âmbito de incidência da coisa julgada em relação aos seus destinatários, ou seja, em relação a quem recaiu a imutabilidade (OLIVEIRA, 2018, p. 523). Há, portanto, uma vinculação entre os limites objetivos com os limites subjetivos da coisa julgada, que vêm dados pela identidade do imputado ou imputados. Ou seja, impossibilidade de novo processamento em relação ao mesmo fato e mesmo autor (LOPES JR, 2012, p. 1114). Em relação aos limites temporais da coisa julgada, há divergências. No entanto, é importante lembrar que *«la sussistenza di un rapporto giuridico no può essere affermata per sempre»* (MENCHINI, 2002, p. 233). Portanto, parte-se da premissa de que há um limite temporal, afastando-se a divergência sobre o tema. Um primeiro ponto deve ser o termo inicial, qual seja: o momento em que as partes não mais poderão alegar e provar fatos no curso do processo (OLIVEIRA, 2018, p. 529-530).

Sobre tal aspecto, a situação tornada indiscutível só o é com relação a certo momento o que, em direito português, é o momento do encerramento da discussão em 1ª instância (CASTRO MENDES, 1968, p. 59). Percebe-se, pois, que tal aspecto está vinculado a uma situação fática existente, como, por exemplo²⁵³, o pagamento de uma dívida anteriormente ao processo ou julgamento de um recurso. Assim, efetuando-se o pagamento e posteriormente ocorrendo o trânsito em julgado, não poderá ser oposta a execução do título, pois já foi acobertado o cumprimento da obrigação, pela coisa julgada. De outro lado, se o pagamento foi realizado após o trânsito em julgado, há o direito de propor impugnação incapaz de obstar a cobrança da dívida.

Um segundo ponto, sobre o limite temporal da coisa julgada, é centrado na aptidão de algumas sentenças de regular fatos jurídicos que ocorram após seu advento. Tal aspecto é relacionado a situações nas quais o caso posto envolve uma relação jurídica que se desenvolve com o decorrer do tempo e se repete, ou seja, versará sobre uma relação jurídica que terá desenvolvimento ou repetição posterior, gerando novos fatos que serão por ela regidos.

Assim, a coisa julgada estabiliza a relação jurídica em debate, mas gera também estabilidade à repetição, ao desenvolvimento da relação jurídica mantida entre as partes. No entanto, tal estabilidade propiciada pela coisa julgada será afastada quando fatos novos, diversos daqueles efetivamente apreciados ocorrerem, ou seja, há uma restrição no tempo da influência da coisa julgada (OLIVEIRA, 2018, p. 530-531).

²⁵³ Trata-se do estudo de relações jurídicas instantâneas (OLIVEIRA, 2018, p. 530).

Sintetizando:

[...] pode-se afirmar que, enquanto a limitação objetiva se destina a precisar o que incide a coisa julgada (sobre o que?) e a limitação subjetiva revela quem estará vinculado ao comando sentencial (em relação a quem?), os limites temporais exprimem uma limitação no futuro da eficácia da coisa julgada (até quando?) [...] (OLIVEIRA, 2018, p. 534).

Portanto, a ideia de estabilidade, imutabilidade e indiscutibilidade gerada pela coisa julgada é limitada pela própria natureza do instituto e, como se verá, no presente estudo, também pode ser flexibilizada quando houver flagrante injustiça ou erro de julgamento.

Nesse contexto, sustenta-se, em decorrência do texto constitucional²⁵⁴, que a coisa julgada é considerada um direito fundamental consubstanciado na garantia do ato jurídico perfeito e do direito adquirido e, que, assim, é um vetor para todos, o qual deve redundar na estabilidade e na segurança jurídica aos jurisdicionados. Da legislação infraconstitucional e da literatura, pode-se dizer que a coisa julgada já foi considerada um efeito da sentença e, posteriormente, como uma qualidade atribuída aos efeitos da sentença. De outro lado, é possível que a qualidade da coisa julgada se estabilize, tornando imunes a qualquer nova confrontação, mas também é possível se pensar que os efeitos são produzidos de maneira mais ou menos permanente ou imutável ao longo do tempo.

No direito brasileiro, o confronto à coisa julgada, no direito processual civil, é a Ação Rescisória, mormente quanto a previsão para afastar sentença transitada em julgado que tenha violado o literal dispositivo de lei (BUENO, 2014, p. 145-148). No direito processual penal, a relativização da coisa julgada inspira debates acerca da segurança jurídica e do princípio da legalidade. No entanto, como o bem que está em litígio é a liberdade de locomoção do ser humano, a sentença penal condenatória transitada em julgado pode ser atacada via Revisão Criminal ou *Habeas Corpus* (RANGEL, 2012, p. 221-225).

Ao contrário do direito processual civil, no qual se admite, por vezes, incongruências devido à formalidade²⁵⁵, no processo penal não há tal possibilidade. Com efeito, diante do bem em litígio no processo penal, o *status libertatis*, que é consectário da dignidade da pessoa humana, a coisa julgada da sentença penal condenatória sempre é relativa, não se admitindo

²⁵⁴ Artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

²⁵⁵ Cita-se como exemplo a hipótese de um cidadão que foi declarado pai por sentença transitada em julgado. Mas posteriormente, com a tecnologia do exame de DNA, se descobriu que não era pai. No caso não se admitia a rediscussão do declarado por sentença devido ao trânsito em julgado.

que a formalidade impeça de se buscar a verdade real, pois a opção brasileira foi pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual o caso julgado penal é intangível de forma absoluta se a decisão for absolutória²⁵⁶. Se for condenatória, admite-se o seu desfazimento em caso de erro judiciário.

Partindo da premissa de que a coisa julgada, no direito processual penal, é relativa, é essencial apontar quais são seus fundamentos. Comumente são apresentados três: a certeza jurídica; a segurança jurídica e a justiça da decisão. Em relação ao primeiro fundamento, há certeza jurídica quando a sentença é proferida, ou seja, foi manifestado o único entendimento acerca daquele fato objeto do julgamento. Nesta senda, a segurança jurídica²⁵⁷, no processo penal, é consubstanciada na certeza que o cidadão possui de que seus direitos e garantias constitucionais serão respeitados e, comumente, é apresentado pela tríade: direito adquirido; ato jurídico perfeito e coisa julgada. Sobre o tema, é importante lembrar que, no processo penal, há segurança jurídica quando o cidadão tem seus direitos constitucionais respeitados (RANGEL, 2012, p. 149-152 e 225-228).

No que concerne ao terceiro fundamento, não se pode esquecer que a equidade e a justiça distributiva são fontes inspiradoras consagradas na máxima *quod alicuius est deus* (ARISTÓTELES, 2002). Assim, em um Estado Democrático de Direito, com uma constituição e governado pelas leis, há justiça na decisão quando ela expressar os valores contidos na ordem jurídica. Destarte, a justiça da decisão, também como fundamento da coisa julgada, é o que possibilita sua relativização, pois pode se tornar injusta pela declaração de inconstitucionalidade da norma que fundamentou a decisão ou mais quando a interpretação conferida a tal norma foi declarada em desconformidade com a Constituição.

Assim, a coisa julgada fundamenta-se na certeza, na segurança e na justiça. No entanto, pode ser afastada e, assim, há o conflito com a segurança jurídica. Há, entretanto, não um enfrentamento à segurança jurídica, mas na realidade seu reestabelecimento diante da violação da certeza e da justiça. Enfim, há o afastamento da coisa julgada no processo penal por meio da Revisão Criminal quando a sentença seja condenatória e pretender-se reestabelecer a certeza, a segurança e a justiça (RANGEL, 2012, p. 152-153 e 157).

²⁵⁶ Conforme já foi visto anteriormente, há uma diferenciação clara quando a sentença é absolutória, qual seja, em tal situação, no direito brasileiro, a coisa julgada é soberana.

²⁵⁷ O tema foi abordado com profundidade no Capítulo 6.

Ainda tratando da relativização, surge outra questão. Com efeito, se é possível revisar e afastar a sentença condenatória devido ao erro judiciário, seria também possível revisar e afastar a coisa julgada quando os fundamentos legais não mais se sustentam devido à superveniência de declaração de inconstitucionalidade da norma ou da interpretação da norma que foi utilizada como fundamento legal. Trata-se da situação jurídica que ocorre com a existência da inconstitucionalidade da coisa julgada, pois sustenta-se que a coisa julgada está ligada à verdade e, assim, a verdade jurídica é aquela constitucionalmente estatuída. Destarte, a coisa julgada, fundada em lei inconstitucional, não deve prevalecer, pois a lei inconstitucional não é e, desta forma, todo ato que se funda em tal lei em afronta à Constituição não tem validade, não produz direito e não gera direitos ou obrigações (ROCHA, 2009, p. 170 e 181).

É um ponto intrigante em relação à flexibilização da coisa julgada, pois os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei até então em aplicação nos direitos penal e processual penal, bem como os precedentes vinculativos emanados pelo Superior Tribunal de Justiça que alteram posicionamento que fundamentou a condenação já transitada em julgado, colocam em xeque a certeza, a segurança jurídica e a justiça da decisão acobertada pela coisa julgada.

Assim, para resolver a questão da relativização da coisa julgada no direito processual penal diante da coisa julgada inconstitucional é importante tratar dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, se tem efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. No direito brasileiro, a regra é a da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade, porém é admitida a modulação dos efeitos. De outro lado, seguindo orientação de ordenamentos jurídicos estrangeiros, quase que em unanimidade, pode ser conferido efeito *ex nunc*, preservando, sob a análise de cada caso, os efeitos da norma considerada inconstitucional, pois, assim, estar-se-á assegurando o interesse social (TALAMINI, 2002, p. 2-6).

Neste aspecto, o novo Código de Processo Civil trouxe inovações no que concerne à coisa julgada, no entanto, dúvidas se apresentam quanto à compatibilidade da coisa julgada frente às decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal. O ponto nodal da discussão é a diferenciação entre a coisa julgada e o efeito vinculante dos precedentes. É certo que ambos institutos propiciam a segurança jurídica sob ângulos distintos. Com efeito, a primeira concebe a segurança jurídica estabelecendo a imutabilidade e a indiscutibilidade do caso concreto, enquanto que a segunda propicia a segurança jurídica de forma dinâmica, ou seja,

mencionada segurança jurídica é a proteção dos jurisdicionados em geral (MINAMI; PEIXOTO, 2018, p. 269 e 279-280).

Há então dúvidas quanto ao precedente vinculante, emanado do Supremo Tribunal Federal, afetar ou não a coisa julgada. Respondendo negativamente ao tema proposto, ressalta-se que:

[...] em resumo, enquanto a coisa julgada foca na imutabilidade e na concretude do caso concreto, o precedente objetiva uma segurança jurídica de cunho dinâmico e a proteção dos jurisdicionados em geral. Embora ambas tutelem a segurança jurídica, cada uma tem uma função específica no ordenamento jurídico [...] (MINAMI; PEIXOTO, 2018, p. 281).

Sem embargo do posicionamento supra, não é possível que convivam em um mesmo sistema (processual penal), a segurança jurídica e a coisa julgada inconstitucional, mormente por se tratar da tutela do *status libertatis* do cidadão.

Ora, no atual Código de Processo Civil, há previsão expressa de que é inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo STF como incompatível com a CF, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Sem dúvidas, o mencionado código, conforme artigos 525²⁵⁸ e 535²⁵⁹, traz a possibilidade de impugnar a coisa julgada quando for inconstitucional (GONÇALVES, 2018, p. 348).

Em mencionadas hipóteses, existe um título que se funda em uma decisão judicial que transitou em julgado, ou seja, a *novel* legislação trouxe uma situação de inexigibilidade que

²⁵⁸ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. [...] § 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também 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 do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

²⁵⁹ Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II - ilegitimidade de parte; III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença. [...] § 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também 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 do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

pode ser arguida em uma simples impugnação, ou seja, a impugnação assume verdadeira função rescisória quando há a certeza da inconstitucionalidade (TALAMINI, 2018, p. 369). Com efeito, a hipótese prevista para impugnação do título, mencionada acima, já foi tratada pelo Supremo Tribunal Federal²⁶⁰ como um instituto de inexigibilidade por atentado às decisões²⁶¹ da Corte Suprema do país. No caso houve impugnação sob a alegação de que o instituto frustra a garantia constitucional da coisa julgada (BRASIL, STF, 2016, p. 13).

Sobre o tema, traz-se o seguinte fragmento:

[...] registre-se, desde logo, que, segundo a jurisprudência assentada no STF (por todos, ilustrativamente, o acórdão de lavra do Min. Celso de Mello no RE 681.953, DJe de 09.11.12, com farta indicação de precedentes no mesmo sentido), o instituto da coisa julgada, embora de matriz constitucional, tem sua conformação delineada pelo legislador ordinário, ao qual se confere a faculdade de estabelecer seus limites objetivos e subjetivos, podendo, portanto, indicar as situações em que tal instituto cede passo a postulados, princípios ou bens de mesma hierarquia, porque também juridicamente protegidos pela Constituição [...] (BRASIL, STF, 2016, p. 22).

E mais:

[...] a constitucionalidade do parágrafo único do art. 741 e do §1º do art. 475-L do CPC/73 (semelhantes aos artigos 525, §§ 12 e 14, 535, § 5º do CPC/15) decorre do seu significado e da sua função. São preceitos normativos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram apenas agregar ao sistema processual um instrumento com eficácia rescisória de certas sentenças eivadas de especiais e qualificados vícios de inconstitucionalidade [...] São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram, como já afirmado, apenas agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais, em tudo semelhante as hipóteses de ação rescisória (BRASIL, STF, 2016, p. 25). (grifou-se)

No direito comparado²⁶², há dispositivo semelhante ao apontado acima, pois é admissível desconstituir a coisa julgada, nas condenações criminais e, no cível, a rescisória similar à impugnação ventilada acima (TALAMINI, 2018, p. 369). Com efeito, a possibilidade de impugnação à coisa julgada, nos termos expostos acima, é uma inovação que propicia o afastamento de decisões em disparate ao precedente emanado pela Suprema Corte do país, pois atualmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade devem retroagir, conforme já preconizado por outros sistemas jurídicos²⁶³ (GONÇALVES, 2018, p. 357).

²⁶⁰ ADI n.º 2418.

²⁶¹ Página 12 do Acórdão.

²⁶² Direito Alemão.

²⁶³ *Linkletter v. Walker*; Constituição Portuguesa de 1978; Constituição Italiana de 1947.

Ainda no direito comparado²⁶⁴, a decisão que fez coisa julgada inconstitucional não é rescindida, mas os efeitos da citada decisão são obstaculizados para o futuro, surtindo efeito prático que estabiliza o sistema jurídico (GONÇALVES, 2018, p. 357). Portanto, seja pela obstaculização dos efeitos da coisa julgada ou pela procedência da ação rescisória, ambas hipóteses previstas no Código de Processo Civil²⁶⁵, o certo é que houve uma relativização, uma flexibilização da coisa julgada decorrente de um precedente vinculativo emanado pela suprema corte do país.

Tal flexibilização não é inconstitucional, pois a Carta Magna estabelece a coisa julgada como uma garantia constitucional, mas também conferiu ao legislador infraconstitucional a possibilidade de estabelecer os limites e os meios de revisão da coisa julgada, como, por exemplo, a ação rescisória no cível e a revisão criminal no penal. No entanto, ponto importante de se ressaltar é a questão de que somente decisões do Supremo Tribunal Federal permitem tal flexibilização da coisa julgada (TALAMINI, 2018, p. 370-371). Sobre tal assertiva, somente decisão do Supremo Tribunal Federal, abre-se uma ressalva. Ora, o Superior Tribunal de Justiça, que é a Corte de precedentes, pode conferir uma interpretação à lei federal conforme a Constituição e, assim, possibilitar ao cidadão que impugne, via revisão criminal, a sentença condenatória que destoa do entendimento atual.

Cite-se, como exemplo, o caso da Súmula n.º 174, do Superior Tribunal de Justiça, que possibilitava²⁶⁶ o aumento da pena no caso do crime de roubo circunstanciado pelo emprego de

²⁶⁴ Direito Alemão ó Lei Orgânica da Corte Constitucional.

²⁶⁵ Artigos 525, §§12 e 14 (õArt. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. [...] §12. Para efeito do disposto no inciso III do §1º deste artigo, considera-se também 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 do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. [...] §14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no §12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.õ); 535, §§5º e 7º (õArt. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...] §5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também 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 do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal , em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. [...] §7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no §5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.õ); 525, §15 (õArt. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. [...]§ 15. Se a decisão referida no §12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.õ) e 535, §8º, respectivamente.

²⁶⁶ No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento de pena. A súmula em referência foi cancelada em 2001 no julgamento do REsp n.º 213.054-SP/STJ.

arma de brinquedo. Mencionado entendimento sumular vigeu por mais de cinco anos²⁶⁷ e foi superado, mas apenou mais severamente inúmeras pessoas. Assim, a questão é importante, pois a sentença que condenou um acusado com o aumento de pena de 1/3 em decorrência do emprego de arma de brinquedo (conforme entendimento sumular antigo) deve prevalecer, mesmo que o fundamento de tal sentença seja um entendimento que não prevalece atualmente?

A resposta perpassa pela questão da justiça das decisões. Ora, se há entendimento atual de que não se pode apenar mais severamente pelo emprego de arma de brinquedo, as decisões não podem subsistir no sistema. Assim, sustenta-se que a decisão fundada em súmula ou entendimento superado a deve ser impugnada via Revisão Criminal ou excepcionalmente pela via estreita do *Habeas Corpus*, sob o fundamento de que o precedente vinculativo, obrigatório, é uma fonte do direito e, assim, deve alcançar situações acobertadas pela coisa julgada, desde que beneficie o acusado, ou seja, sempre *pro reo*.

A previsão do Código de Processo Civil, em admitir a impugnação ao título fundado em lei inconstitucional, é uma inovação que encontra amparo na atribuição de maior força vinculante para determinadas decisões proferidas pelos tribunais, ou seja, reafirmando a presença da teoria dos precedentes. Nesta senda, seja do Supremo Tribunal Federal (como previsto pelo Código de Processo Civil) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (conforme defendido acima), a decisão que ampara a impugnação ou a revisão criminal deve ser fundada em comandos com força vinculante de caráter geral (*erga omnes*).

No processo civil, se faz uma ressalva à possibilidade de se impugnar o título judicial que se fundou em texto legal declarado inconstitucional, ou seja, o título se formou após a vigência do atual Código de Processo Civil, aplicando-se a partir de sua vigência (TALAMINI, 2018, p. 371-372 e 380-381). No entanto, não parece justo aplicar tal regra de direito intertemporal ao direito processual penal, pois, a uma, se busca o *status libertatis* do cidadão condenado injustamente exatamente pelo fato de que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a lei que fundamentou a condenação. E, a duas, pela regra de que as normas processuais penais se aplicam de imediato a todos os processos. Portanto, defende-se que é cabível a Revisão Criminal e o *Habeas Corpus* quando a sentença condenatória for fundada em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e, por fim, quando a fundamentação for contrária ao precedente vinculativo emanado tanto do Supremo Tribunal

²⁶⁷ De 31.10.1996 a 24.11.2001.

Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça alcançando situações acobertadas pela coisa julgada, desde que beneficie o acusado, ou seja, sempre *pro reo*.

Destarte, pode-se afirmar que há uma preponderância de entendimento no sentido de que a coisa julgada inconstitucional não deve prevalecer, ou seja, há a certeza de que a coisa julgada inconstitucional não pode prevalecer de nenhum modo, já que acarreta insegurança jurídica e incerteza pela incredulidade, pelos temores que infundem; a legislação e os juristas devem aperfeiçoar os meios hábeis a prevenir as sentenças aberrantes (BERMUDES, 2009, p. 134-135). Portanto, ao analisar-se o direito constitucional brasileiro, pode-se concluir que a coisa julgada não resta assegurada diante da ulterior declaração de inconstitucionalidade feita por seu Tribunal máximo (BUENO, 2014, p. 157).

Assim, a coisa julgada no sistema processual penal brasileiro pode ser objeto flexibilização, seja por meio da ação de Revisão Criminal em caso de condenação no interesse da defesa (*pro reo*) ou pela via do *Habeas Corpus*, pois há o entendimento predominante de que o remédio heroico é instrumento que viabiliza o afastamento da coisa julgada. Note-se que a Revisão Criminal e o *Habeas Corpus* não são recursos, não havendo incongruência ao se afirmar que não será passível de impugnação recursal quando houver coisa julgada formal. Tais pontos serão tratados a seguir.

8.2 A Revisão Criminal²⁶⁸, o *Habeas Corpus*²⁶⁹ e a mitigação da coisa julgada

O cidadão brasileiro precisa de segurança jurídica e, assim, no direito os litígios não podem se eternizar, ou seja, as discussões não podem ser infundáveis como ocorre na filosofia, razão pela qual o sistema impõe um limite ao debate, encerrando-se as demandas quando esgotados os recursos e firmada a coisa julgada. Entretanto, é defensável o cabimento da Revisão Criminal e do *Habeas Corpus* em detrimento da coisa julgada.

No processo penal brasileiro, encerra-se a lide com o trânsito em julgado da sentença penal, seja absolutória ou condenatória. A paz social que os homens almejam é conquistada

²⁶⁸ Artigo 621 do Código de Processo Penal. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

²⁶⁹ Artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal. Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

pela certeza jurídica e estabilidade propiciadas pela decisão judicial. Tal estabilidade é atingida quando ðhouver a impossibilidade de, uma vez transitada em julgado, essa decisão ser revista. No entanto, a imutabilidade da decisão judicial, propiciada pela coisa julgada, não é absoluta em caso de condenação em matéria criminal. O efeito emergente da imutabilidade da sentença penal condenatória não pode acobertar erros judiciários, por isso não se pode negar o direito de se propor uma Revisão Criminal. A garantia da coisa julgada material e formal é um direito constitucional e, como tal, não pode ser negado a não ser que haja outro direito constitucional prevendo a flexibilização (RANGEL, 2013, p. 1075-1076).

Nesse sentido, afirma-se que:

[...] o instituto da coisa julgada pertence ao Direito Público e mais precisamente ao Direito Constitucional. Assim, somente outro instituto previsto na própria Constituição poderá desfazer aquele. Nesse caso, teremos o instituto da revisão criminal com o objetivo de desfazer a imutabilidade do comando emergente de uma sentença (RANGEL, 2013, p. 1076).

A Revisão Criminal é uma ação autônoma que impugna a sentença penal condenatória transitada em julgado. É um meio excepcional de restaurar a justiça, ou seja, reparar a injustiça que consta da sentença penal condenatória, resgatando a dignidade do inocente condenado. Ao contrário da ação rescisória, a revisão criminal não tem prazo para ser proposta, inclusive pode ser reproposta se houver novas provas que surjam após o julgamento da primeira revisão intentada, conforme se extrai do artigo 622²⁷⁰ do Código de Processo Penal brasileiro (RANGEL, 2012, p. 266-268).

A Revisão Criminal tem o objetivo de rescindir a sentença condenatória acobertada pelo manto da coisa julgada. Pretende-se afastar-se a coisa julgada reabrindo-se a discussão da causa já solucionada, pois houve um erro judiciário. De outro lado, trata-se também de uma garantia do indivíduo condenado erroneamente para fazer valer seu *status dignitatis*, ou seja, ða revisão criminal tem como objeto exatamente os direitos e as garantias constitucionais, que, reunidos entre si, formam a dignidade da pessoa humana (RANGEL, 2013, p. 1078-1079).

É a Revisão Criminal, assim, um *remedium juris* diferente, pois só tem lugar em processos findos, ðque já foram decididos, e não ðpendem mais de recurso algum. Tem o intuito de ðreexame de processos findos em que o réu tenha sido condenado, possibilitando, assim, reparar o erro judicial. O fundamento da flexibilização da imutabilidade é no fato da

²⁷⁰ ðArt. 622. A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após. Parágrafo único. Não será admissível a reiteração do pedido, salvo se fundado em novas provas.ð

õimperfeição das leis e da fabilidade dos magistrados e para salvar a inocência sacrificadaõ (ACOSTA, 1984, p. 369).

No direito comparado²⁷¹, afirma-se que uma sentença errônea, depois de finalizado seu pronunciamento, não pode ser retificada pelo tribunal que a proferiu, pois, para tanto, existem diversos meios de impugnação. Ao se referir aos meios de impugnação, apontam-se os ordinários, como, por exemplo, a apelação, bem como os extraordinários, como a revisão do procedimento que, no Brasil, equivale à revisão criminal. A apelação, como se sabe, é um recurso amplo que conduz ao reexame fático e jurídico do caso julgado, no entanto, não atingido pela coisa julgada. Já a Revisão Criminal serve para a eliminação dos erros judiciários frente a sentenças passadas em julgado, ou seja, de que não caiba mais recursos ordinários.

Ainda no direito comparado²⁷², a Revisão Criminal representa a mais importante causa de afastamento da coisa julgada. Tem cabimento quando se reconhece, posteriormente ao trânsito em julgado, que a sentença é manifestamente incorreta, de maneira que se mostra uma insuportável injustiça, mas sempre em favor do acusado, não sendo possível para prejudicá-lo. A Revisão Criminal tem cabimento, assim, somente nos casos previstos em lei e não se dispõs prazo, ao contrário do processo civil, no qual a ação rescisória contempla prazo para sua propositura.

Normalmente a Revisão Criminal se atem ao caso de novas provas. No entanto, pode acontecer também quando ocorrer erros jurídicos e, importante para o presente estudo, o cabimento quando há, posteriormente ao trânsito em julgado, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Neste último caso, será cabível a revisão da sentença penal condenatória quando se fundar na interpretação de uma norma jurídica declarada inconstitucional (ROXIN, 2003, p. 445-446, 456 e 492-494).

No Brasil, o sistema processual admite a revisão da sentença penal acobertada pela coisa julgada, no entanto, é restrita. Com efeito, só se admite a Revisão Criminal *pro reo*, ou seja, para rescindir a sentença condenatória, não se admitindo se o acusado foi absolvido. Adotou-se, assim, o sistema francês, ou seja, só se admite a revisão criminal em favor do acusado. No

²⁷¹ No direito alemão.

²⁷² *Idem*.

entanto, em alguns países²⁷³, existe a Revisão Criminal *pro societate*, ou seja, aquela em que o Estado quer rescindir uma sentença absolutória para ver o acusado, ao fim, condenado.

Ainda no direito comparado²⁷⁴, Revisão Criminal *pro societate* é admitida quando a sentença fundou-se em meio de prova comprovadamente falso e que serviu de fundamento à sentença. Em tais países, que admitem a Revisão Criminal *pro societate*, adotou-se o sistema germânico que sempre admitiu a rescisão da sentença quando houvesse falsificação da prova ou confissão do verdadeiro autor do delito (RANGEL, 2013, p. 1081-1082).

Cabe salientar que, no direito processual penal brasileiro, a Revisão Criminal não é um recurso e, sim, uma ação de impugnação que visa rescindir uma sentença condenatória transitada em julgado injusta. É, com efeito, um meio extraordinário similar a uma ação de anulação ou constitutiva negativa que não encontra obstáculo na coisa julgada. Tem o propósito de afastar uma injustiça decorrente de um erro judiciário, mesmo que a sentença tenha transitado em julgado. É certo que a coisa julgada possibilita a estabilidade e propicia ao cidadão de não ser processado novamente pelos mesmos fatos, mas, nesse ponto, depara-se com o seguinte conflito: a segurança jurídica instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor da justiça.

Diante de tais possibilidades ó sentenças injustas pelo erro judiciário, ainda que acobertadas pela coisa julgada ó o Código de Processo Penal brasileiro admitiu, excepcionalmente, a Revisão Criminal, que poderá ser proposta para desconstituir sentenças de juízes singulares e de acórdãos proferidos por tribunais²⁷⁵. Mas repita-se, só é possível a Revisão Criminal para rescindir sentença condenatória, não sendo possível contra um decreto absolutório, já que não existe, no sistema processual brasileiro, a Revisão Criminal *pro societate* (LOPES JR, 2012, p. 1037-1038 e 1314-1315).

Afirma-se, então, que é cabível a Revisão Criminal por um senso de justiça que se sobrepõe a segurança jurídica desde que ocorra o trânsito em julgado de sentença condenatória e que seja demonstrado o erro judiciário (DE LIMA, 2016, p. 2525). Entretanto, a Revisão

²⁷³ Noruega, Áustria, Suíça, Suécia e Alemanha.

²⁷⁴ No direito português.

²⁷⁵ O juízo competente para analisar o pedido de Revisão Criminal é o próprio tribunal que proferiu a decisão a ser revisionada quando for um acórdão (TJ, TRF, STJ ou STF), mas por órgão diverso, como, por exemplo, se a decisão for de turma, a Revisão Criminal deverá ser julgada pela câmara. Se a decisão objeto da revisão foi proferida por juiz de primeiro grau, o juízo da apelação será o juízo competente para a Revisão Criminal (LOPES JR, 2012, p. 1316).

Criminal tem um procedimento que é incompatível com eventuais erros que restringem o *status libertatis* do acusado, razão pela qual se utiliza comumente do *Habeas Corpus* para fazer cessar a ofensa ao direito. É sabido que há divergências sobre a temática, mas, em sendo um remédio heroico, célere e eficaz, tem lugar para fazer cessar o risco à liberdade de locomoção, bem como a flagrante ilegalidade na coisa julgada, admiti-se a ordem de *Habeas Corpus* excepcionalmente.

O *Habeas Corpus* é uma ação de impugnação autônoma e tem por objetivo a preservação ou concessão da liberdade do cidadão (RANGEL, 2012, p. 264) e, assim, pode ser medida cabível para afastar a coisa julgada que apresenta injustiça, ilegalidade ou inconstitucionalidade em decorrência de precedentes posteriores do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, o *Habeas Corpus* é objeto de literatura especializada tanto no sistema jurídico da família da *civil law* quanto da *common law*, mas não é usual encontrar-se uma definição do remédio constitucional em comento. Originalmente a terminologia constava do *writ*, ou seja, era a determinação do soberano que ordenava que uma pessoa, em certo processo, comparecesse e se explicasse na justiça, ou seja, intimava-se a autoridade coatora dizendo-lhe que: "Tu deténs injustamente um de nossos súditos liberta-o, ou, então, vem explicar perante meus juízes por que causa tu o detivesse e, nesse caso, traz esse indivíduo contigo à audiência para a qual tu estás citado" (DAVI, 2006, p. 77).

Trata-se o *Habeas Corpus* de um remédio heroico antigo e há divergências se é oriundo do direito romano clássico ou do direito inglês, conhecido no primeiro como *interdito de homine libero exhibendo*; e no segundo como *writ of habeas corpus*. O certo é que ficou mundialmente conhecido após a assinatura da Magna Carta de 1215²⁷⁶, firmada pelo Rei João Sem-Terra na Inglaterra. De outro lado, no direito português, o *Habeas Corpus* teve inspiração inglesa e francesa. A primeira em decorrência da *Declaração de Direitos do Congresso de Filadélfia* em 1774; e a segunda da Assembleia Legislativa Francesa de 1789. No Brasil também é um instrumento antigo e há quem sustente que foi introduzido por D. João VI por um decreto em maio de 1821. No entanto, expressamente, há entendimento que predomina no sentido de que o instituto foi introduzido pelo Código de Processo Criminal de 1832 (ALBUQUERQUE, 2007, p. 12-13 e 18-19).

²⁷⁶ De 15 de junho de 1215: "Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra" (USP, 1215, p. 01).

Nessa linha de entendimento, sustenta-se que, em 1871, o *Habeas Corpus* teve sua competência ampliada para remediar não só o constrangimento à liberdade, mas também o constrangimento iminente, nascendo, assim, o remédio preventivo. Em 1891 foi alterado, mas ainda utilizado de forma restrita nos moldes da alteração ocorrida em 1871 (ALBUQUERQUE, 2007, p. 20-22). Sobre a aplicação restrita do *Habeas Corpus*, Rui Barbosa defendia que o remédio heroico tinha cabimento contra qualquer ato que violasse ou ameaçasse o direito de uma pessoa, tais como a liberdade de locomoção, de pensamento e de manifestação, ou seja, possuía uma ampla aplicação para defender o *status libertatis* do indivíduo (1989, p. 3-14 e 61-70).

Por fim, o inciso LXVIII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou a existência do *Habeas Corpus*, no sentido de que *õconceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poderõ* (BRASIL, CF, 1988). No atual regime constitucional brasileiro, o *Habeas Corpus* não pode ser suspenso nem quando decretado o estado de sítio ou o estado de defesa, revelando a importância do instituto para a República e a democracia brasileira.

A questão central, no que concerne ao *Habeas Corpus*, é seu cabimento ou não para o afastamento da coisa julgada injusta por erro judiciário, ilegal ou inconstitucional. O tema está entre as grandes controvérsias do direito processual penal atual. A esse respeito, cabimento do *Habeas Corpus* para os mais diversos interesses do cidadão, o relatório apresentado com o título *õPanaceia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos tribunais Superioresõ*, do Centro Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio²⁷⁷ traz informações importantes. A pesquisa se justificou devido a grande utilização do *Habeas Corpus* nos tribunais superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF). A pesquisa visou trazer *õreflexão sobre os impactos do entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais superioresõ*. O relatório apresenta um levantamento sobre a concessão ou denegação de *Habeas Corpus* aprofundando sobre a motivação (fundado em súmula, entendimento predominante) e também sobre forma (a pedido ou de ofício) (FGV, 2014, p. 5 e 11).

Consta do relatório, uma análise da aplicação do precedente persuasivo ou vinculativo pelos demais tribunais após a decisão do STF, ou seja, *õa mudança de orientação*

²⁷⁷ De 17 de março de 2014.

jurisprudencial, iniciada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é rapidamente adotada (e ampliada) pelo Superior Tribunal de Justiça²⁷⁸ (FGV, 2014, p. 5). Sobre tal ponto específico, analisando o julgado do STF mencionado no relatório, verifica-se que se trata de um *Habeas Corpus* impetrado em face de uma decisão denegatória de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. Na ementa já se constata a preocupação quanto ao campo de atuação do *Habeas Corpus* perante os tribunais superiores, pois enfatiza-se que houve uma ãvoluçãõ quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. Ao iniciar o voto, o ministro relator²⁷⁹ afirma o não cabimento de *Habeas Corpus* quando for impetrado recurso ordinário constitucional, ou seja, reafirma o posicionamento da Corte quanto à impossibilidade de utilizar-se da medida como substitutivo de recurso cabível ao caso concreto (BRASIL, STF, 2012, p. 1 e 7).

Ressalta-se que:

[...] o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ããã, e 105, inciso II, alínea ããã, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição [...] (BRASIL, STF, 2012, p. 8).

Ainda no relatório²⁸⁰, consta que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também segue o posicionamento lançado acima. Com efeito, ao analisar-se o julgado mencionado no relatório, constata-se que o ministro relator²⁸¹ inicia seu voto apresentando a importância do *Habeas Corpus*, como sendo um ãreméδιο constitucional do *habeas corpus* nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. Sobre o tema em questão, o mencionado ministro delimita o âmbito de cabimento do *Habeas Corpus*, afirmando que não é possível admitir a medida para toda e qualquer situação, explicitando, ainda, como fundamento, que o STF ãatento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente,

²⁷⁸ Para comprovar a tese apresentada no relatório, citam-se os *Habeas Corpus* n.º 109.956/STF e n.º 216.882/STJ.

²⁷⁹ Ministro Marco Aurélio-STF.

²⁸⁰ Panaceia universal ou reméδιο constitucional? *Habeas Corpus* nos tribunais Superiores, do Centro Justiça e Sociedade da FGV Direito Rio.

²⁸¹ Ministro Marco Aurélio Bellize-STJ.

decisões no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional (BRASIL, STJ, 2012, p. 6 e 10).

Portanto, fica nítido, da análise dos julgados que constam do relatório, que o *Habeas Corpus* tem grande aplicação para fazer cessar violações à liberdade de locomoção do indivíduo, tendo ampla incidência para afastar injustiças por erro judiciário, ilegalidades e inconstitucionalidades, mas vem sofrendo uma limitação no seu âmbito de incidência pelo STF e pelo STJ.

Constatou-se ainda no relatório que os temas frequentes, nos pedidos de *Habeas Corpus*, foram: erro na fixação de regime inicial de cumprimento da pena; erro na dosimetria da pena; deficiência na fundamentação da prisão cautelar; excesso de prazo na prisão cautelar; aplicação do princípio da insignificância; e cerceamento de defesa. Da pesquisa se extrai ainda que há uma grande procura pelos tribunais superiores na impetração do *Habeas Corpus*²⁸², no entanto, a taxa de concessão da ordem é baixa, sendo que no STF foram 8,27% no período e no STJ foram 27,86%. O número superior perante o último induz que há uma blindagem ao segundo, pois a concessão evita nova impetração (FGV, 2014, p. 31-41 e 60).

A não concessão do *Habeas Corpus*, tanto no STF quanto no STJ, é fundada em premissas que corroboram a tese apresentada no presente estudo, pois 30,4% das impetrações são negadas com fundamento em entendimento pacificado nos tribunais superiores; 4,2% em súmula vinculante; 15,9% na súmula 691²⁸³ do STF e 1,2 5 em outras súmulas (FGV, 2014, p. 68). A *contrario sensu*, pode-se afirmar que há uma tendência em conceder a ordem se a decisão hostilizada foi contrária aos precedentes dos tribunais superiores.

Sobre a importância do *Habeas Corpus* como campo de debates que criam precedentes importantes para os demais tribunais, afirma-se que:

[...] os leading cases (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos tribunais superiores graças ao fato de que HCs e RHCs chegavam livremente aos tribunais superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que em matéria penal, o HC é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade [...] (FGV, 2014, p. 103).

²⁸² Foram 193.833 impetrações, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, no período.

²⁸³ 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.

Destarte, o resultado da pesquisa revela que há o respeito ao precedente, pois há um relevante número de não concessões das impetrações com fundamento no entendimento pacificado nos tribunais superiores, bem como em entendimento sumular que estratifica o posicionamento pacificado da Corte. No entanto, para reforçar a pesquisa que consta no relatório mencionado acima, é realizada uma análise de alguns casos de *Habeas Corpus* em que foram tratadas questões penais e processuais penais que estavam acobertadas pela coisa julgada, pois a parte interessada não interpôs recursos e houve o trânsito em julgado da decisão.

Um primeiro caso do STF que foi selecionado trata de um *Habeas Corpus* no qual a Corte Suprema decidiu que, diante da ãirrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a matéria não deve ser resolvida na esfera penal e, sim, nas instâncias administrativas (BRASIL, STF, HC n.º 153.397/SP, 2018, p. 1).

O caso é de uma condenação sobre o funcionamento de uma estação de transmissão clandestina de rádio comunitária sem a autorização dos órgãos competentes. Absolvido em primeira instância, houve recurso do órgão da acusação e o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reformou a sentença absolutória e condenou o acusado à pena de 2 anos de detenção. Interposto Recurso Especial perante o STJ o mesmo foi negado. A parte não interpôs recurso Extraordinário perante o STF, mas impetrou o *Habeas Corpus* em referência.

Não obstante tal situação concreta, o STF reconheceu que o *Habeas Corpus* não era a medida cabível perante o sistema processual penal, mas recebeu o remédio heroico ressaltando que ãembora o presente writ tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. Fundamentando a possibilidade de análise do *habeas corpus* ainda que não haja recurso interposto, o ministro relator cita três precedentes: HC 126.791-ED/RJ, HC 126.614/SP e HC 126.808-AgR/PA (BRASIL, STF, HC n.º 153.397/SP, 2018, p. 5-6).

No caso houve a tramitação do processo crime em face do acusado que culminou em sua condenação nas instâncias ordinárias e o STJ não afastou a condenação. Como não fora interposto Recurso Extraordinário a tempo e modo, houve o trânsito em julgado da decisão que condenou o acusado, mas mesmo assim, a Corte Suprema afastou a decisão condenatória considerando a conduta insignificante declarando a atipicidade da conduta.

Outro caso selecionado, também do STF, cuida de *Habeas Corpus* no qual foi decidido que a ordem foi concedida de ofício ãpara alterar de semiaberto para aberto o regime inicial de

cumprimento da pena imposta ao paciente. O caso cuida de uma acusação pela prática de furto simples que, em primeiro grau de jurisdição, resultou na condenação a 1 ano de detenção em regime semiaberto. A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. O STJ negou seguimento ao Recurso Especial interposto. Não fora interposto Recurso Extraordinário nos moldes da legislação de regência. A parte interpôs o *Habeas Corpus* em referência (BRASIL, STF, HC n.º 123.108/MG, 2015, p. 1 e 6).

Uma vez mais, nota-se que houve o processo crime nas instâncias ordinárias com a confirmação da condenação inclusive pelo STJ. No entanto, a Corte Suprema, mesmo com o trânsito em julgado da decisão condenatória, confirmada pela corte de precedentes, adentrou à análise do caso e decidiu pela concessão parcial da ordem, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o aberto domiciliar, e substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (CP, art. 44, § 2º), consistente em prestação de serviços à comunidade, em condições a serem detalhadas na fase da execução penal (BRASIL, STF, HC n.º 123.108/MG, 2015, p. 54).

O terceiro caso selecionado é da lavra do STJ. Trata-se de decisão de primeiro grau na qual foi o acusado pronunciado por homicídio simples. Interposto recurso, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão e pronunciou o acusado pelo crime de homicídio qualificado por motivo fútil. Não há notícia no julgado da interposição de Recurso Especial perante o tribunal local ou em trâmite perante o STJ, sendo impetrado o *Habeas Corpus* em referência pleiteando-se a exclusão da qualificadora do motivo fútil (BRASIL, STJ, HC n.º 407.008/SP, 2017, p. 1).

Novamente, à semelhança do que foi decidido pelo STF, no HC n.º 153.397/SP, apontado acima, o STJ definiu que o *Habeas Corpus* não seria o instrumento processual adequado para impugnar a decisão que pronunciou o acusado, pois é pacífica a orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração. No entanto, mesmo com o manto da coisa julgada, acobertando a pronúncia que fixou os limites da acusação a ser apresentada em plenário do tribunal do júri, a decisão impugnada pelo *Habeas Corpus* foi afastada, decidindo o STJ pela concessão da ordem de ofício para excluir a qualificadora de motivo fútil (BRASIL, STJ, HC n.º 407.008/SP, 2017, p. 2 e 4).

O último caso analisado, também do STJ, trata-se de acórdão no qual se extrai que, conforme afirmado pelo ministro relator²⁸⁴, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal. Conforme consta do julgado, o acusado foi condenado por sentença prolatada pelo juízo da 30ª Vara Criminal da Capital do Estado de São Paulo, bem como posteriormente condenado por sentença prolatada pelo juízo da 13ª Vara Criminal da Capital do Estado de São Paulo.

A Defensoria Pública argumentou, no remédio heroico, que houve dupla condenação sobre os mesmos fatos e que, ao ter conhecimento deles, pleiteou ao juízo da 13ª Vara Criminal da Capital do Estado de São Paulo a imediata expedição de ofício à Vara de Execuções Penais a fim de que fosse determinada a devolução da guia anteriormente expedida, evitando-se *bis in idem* no cumprimento da pena (BRASIL, STJ, HC n.º 307.820/SP, 2014).

Consta do acórdão que o MM. Juiz da 13ª Vara Criminal da Capital do Estado de São Paulo indeferiu o pleito remetendo-o à Defensoria Pública para que o aviasse diretamente na Vara de Execuções Criminais. A Defensoria Pública, então, conforme consta do acórdão, impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, posteriormente, denegou a ordem sob o argumento de que seria juízo incompetente, já que a condenação que se propõe afastar foi decorrente de acórdão do mesmo tribunal.

Diante de tais fatos, a Defensoria Pública impetrou o *Habeas Corpus* perante o STJ pleiteando a decretação da nulidade do processo desde o início, pois indevido o recebimento da denúncia, ante a ausência de pressuposto processual para o válido desenvolvimento da ação penal, não se podendo punir o paciente duas vezes em decorrência do mesmo fato (BRASIL, STJ, HC n.º 307.820/SP, 2014).

Ao submeter o caso a julgamento, o ministro relator apresentou a controvérsia jurídica dividindo-a em dois pontos. O primeiro ponto cingiu-se quanto a amplitude de incidência do *Habeas Corpus*. O segundo sobre o alegado constrangimento ilegal como objeto do *Habeas Corpus* em substituição à Revisão Criminal. Os ministros²⁸⁵, por unanimidade, decidiram, quanto ao primeiro ponto, que se afirmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário. Tal posicionamento reafirma entendimento de que, se o sistema propicia meios recursais para a

²⁸⁴ Ministro Felix Fischer.

²⁸⁵ Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ó Ministros Felix Fischer (relator), Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador do TJ/PE convocado).

parte, não é cabível a utilização do *Habeas Corpus*, pois desvirtuaria a função constitucional do *writ*. Ponto interessante ao tema do presente estudo é que o ministro relator, para fundamentar seu voto, invoca precedentes²⁸⁶ no mesmo sentido da Corte Suprema e da Corte de Precedentes do Brasil (BRASIL, STJ, HC n.º 307.820/SP, 2014).

Em relação ao segundo ponto da controvérsia jurídica, qual seja, o alegado constrangimento ilegal como objeto do *Habeas Corpus*, os ministros, por unanimidade, atuaram de ofício, argumentando que o não conhecimento da impetração em razão da utilização do *Habeas Corpus* como substituto da Revisão Criminal não impede que a Corte reconheça a oflagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal. Assim, os ministros concederam a ordem no sentido de que õconfigura indevido *bis in idem* a dupla persecução penal instaurada em desfavor do mesmo acusado, pelo mesmo fato, culminando em dupla condenação e, assim, anularam a ação penal que tramitou perante o juízo da 13ª Vara Criminal da Capital do Estado de São Paulo (BRASIL, STJ, HC n.º 307.820/SP, 2014).

Assim, a questão é controversa, pois há entendimento de que o *Habeas Corpus* pode ser utilizado amplamente, mas atualmente está predominando o entendimento, tanto no STF Federal quanto no STJ, de que o *writ* não pode ser utilizado como substituto de recurso ordinário. No entanto, o *Habeas Corpus* (seja qual for o entendimento de sua amplitude) é utilizado pelas partes, bem como é apreciado de ofício pelas cortes, como instrumento hábil a reconhecer a injustiça, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da coisa julgada.

Verifica-se, portanto, que no direito processual penal brasileiro, seja pela previsão expressa na norma adjetiva do cabimento da Revisão Criminal, bem como pela aplicação do *Habeas Corpus* como medida excepcional, pode levar a uma relativização, uma flexibilização do instituto da coisa julgada, pois, como visto acima, em sede de Revisão Criminal e *Habeas Corpus*, houve o afastamento de decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada.

8.3 A teoria dos precedentes e a coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro: uma nova mitigação

A coisa julgada é essencial para a estabilidade das relações, pois, com a imutabilidade e a proibição da rediscussão de temas já acobertadas pela coisa julgada, se obtém a segurança jurídica. Em geral õse afirma a existência de uma eficácia eterna das sentenças, mas não se

²⁸⁶ Três julgados do Supremo Tribunal Federal e quatro julgados do Superior Tribunal de Justiça.

deve esquecer õque uma sentença mantém sua vigência enquanto ainda subsista a realidade que regulaõ (NIEVA-FENOLLI, 2018, p. 120-121).

A Revisão Criminal e o *Habeas Corpus* são instrumentos processuais penais que possibilitam a mitigação da coisa julgada. A mitigação ou sua flexibilização é objeto de comparações, bem como discussões acadêmicas e divergências jurisprudenciais tanto no direito processual civil quanto no penal, pois há a Ação Rescisória no direito processual civil (artigos 966²⁸⁷ e seguintes do novo Código de Processo Civil), bem como há a Revisão Criminal no direito processual penal (artigos 621²⁸⁸ e seguintes do Código de Processo Penal). Com o advento do novo Código de Processo Civil, mormente devido às alterações e inovações quanto à teoria dos precedentes, as comparações, as discussões acadêmicas e as divergências judiciais voltaram ao foco dos estudos na teoria do processo. Mas é consenso que a imutabilidade e a indiscutibilidade de uma sentença transitada em julgado pode ser afastada em certos casos nas duas áreas (SENRA; SOUZA, 2016, p. 431).

Na teoria geral do processo, a estabilidade processual é vinculada ao instituto da coisa julgada, mas com o novo Código de Processo Civil, o leque foi ampliado para a terminologia õestabilidades processuaisõ, pois tal foco õdeve ser incorporada à processualística, para que bem se possa teorizar sobre as diversas formas e os vários institutos pelos quais o sistema normativo atribui estabilidade aos atos do processo, impedindo rediscussãoõ. Portanto, a coisa julgada é uma espécie, juntamente com a estabilidade da tutela antecipada (art. 304²⁸⁹ do novo Código de Processo Civil), da estabilidade dos precedentes vinculantes (art. 926²⁹⁰ do novo Código de Processo Civil), da preclusão e outros que compõem o gênero estabilidade processual. Assim, no novo sistema processual civil, não se pode mais considerar a coisa

²⁸⁷ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

²⁸⁸ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

²⁸⁹ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.õ

²⁹⁰ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.õ

julgada como a estabilidade processual por excelência, pois seria um erro (CABRAL, 2018, p. 26-53).

Portanto, admite-se no sistema brasileiro que é possível flexibilizar a coisa julgada, mas é crucial analisar se a edição posterior de precedente dos tribunais superiores teriam a aptidão de afastar a coisa julgada como a impugnação ao título judicial, a ação rescisória e a revisão criminal (OLIVEIRA, 2018, p. 522).

Neste sentido confira a seguinte passagem:

[...] se os contornos constitucionais e a própria normatização do Código de Processo Civil de 1973 já apontavam para a necessidade de respeito aos precedentes e de uma série de teorização das suas consequências, o Código de Processo Civil de 2005 deixa muito clara a eficácia normativa das manifestações das cortes de vértice, o que apenas ratifica a importância da análise de possíveis interpretações entre a teoria dos precedentes e a coisa julgada [...] (OLIVEIRA, 2018, p. 522).

Assim, se o novo Código de Processo Civil elevou a importância dos precedentes, é possível que a coisa julgada seja afastada diante do novo entendimento veiculado por instrumento vinculante. Não se desconhece posições contrárias a tal entendimento, inclusive o Supremo Tribunal Federal (STF), em 22/10/2014, estabeleceu, no Tema 136 ó Repercussão Geral, 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 precedente.

No entanto, posteriormente houve novo enfrentamento do tema, sendo que o STF, em 28/05/2015, decidiu, também, em sede de Repercussão Geral, que

[...] a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495) [...] (grifou-se).

Ainda no STF, em julgamento mais recente, o tema voltou aos debates e, novamente houve divergências. Com efeito, no julgamento foi registrado que é possível o manejo da ação rescisória quando

[...] fundada em violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V, do antigo CPC), quando a decisão rescindenda tiver se baseado em interpretação constitucional frontalmente contrária à própria Constituição Federal ou em interpretação tida como incompatível pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que seja pela posterior declaração

de inconstitucionalidade superveniente da legislação que amparou o título executivo transitado em julgado [...] (BRASIL, STF, AR 2.572 AgR, 2017) (grifou-se).

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que não é possível Ação Rescisória sob o fundamento de que houve alteração de entendimento por novos precedentes da Corte. No caso a requerente pretendia, por Ação Rescisória, aplicar retroativamente nova posição do STJ, sendo que o julgado, transitado em julgado, aplicou entendimento pacificado à época. Segundo o voto vencedor²⁹¹, prestigiou-se a segurança jurídica. Malgrada a divergência sobre o não cabimento de rescisão da coisa julgada por precedente posterior ao trânsito em julgado, é certo que o instituto da coisa julgada pode estar sendo flexibilizado pelo precedente vinculativo posterior.

Neste contexto, a flexibilização da coisa julgada poder ocorrer diante de uma alteração fático-jurídica na relação jurídica que acarreta o afastamento da imutabilidade e indiscutibilidade, pois há uma alteração essencial ao fato e ao direito. A alteração fática se refere aos fatos da demanda que serão objeto de regulamentação pela decisão judicial, os seus fundamentos materiais. São, pois, os fatos da vida apreciados pelo magistrado no caso concreto, desprezando-se os fatos acidentais. *In casu*, deve o intérprete, para analisar se houve ou não a alteração fática a ensejar a relativização da coisa julgada, buscar quais foram os fatos essenciais apreciados pela decisão e operar como se estivesse aplicando uma norma abstrata identificando os possíveis fatos da vida que sofrerão sua incidência. Assim, ao reconhecer o fato objeto da regulamentação jurídica concedida pelo julgado, haverá flexibilização se sob a ótica da coisa julgada antes formada, os seus limites objetivos não contemplam a nova relação jurídica formada (OLIVEIRA, 2018, p. 544-546).

Na apreciação da relativização da coisa julgada, surge a questão da alteração do direito vigente. No direito processual civil, há certa pacificação sobre o tema, tanto na literatura quanto na jurisprudência²⁹², ou seja, a lei nova não retroagirá para atingir fatos jurídicos que foram objeto de análise pelo Poder Judiciário e sobre eles vigem os efeitos da coisa julgada. Há também certa pacificação sobre o tema quando a regência de lei nova aos fatos jurídicos futuros, ainda que ocorra coisa julgada em casos de relação jurídica continuada. No que diz respeito ao direito processual penal, não há dúvidas de que a *novatio legis in melius* deverá retroagir afastando-se a coisa julgada, tanto é que tal garantia do acusado é prevista no artigo 5º, XL²⁹³,

²⁹¹ Superior Tribunal de Justiça ó Ministro Gurgel de Faria ó julgado em 08/05/2019.

²⁹² Neste sentido confira-se: Supremo Tribunal Federal, MS n.º 11045, Relator Ministro Teori Zavascki.

²⁹³ óArtigo 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.ó

da Constituição Federal e mais, deve ser aplicada de ofício pelos juízes, inclusive quando já em execução da sentença²⁹⁴.

Os pontos tratados até então são objeto de discussões na literatura especializada e de divergência jurisprudencial há longo tempo. No entanto, é importante analisar a relativização da coisa julgada face à mudança jurídica em razão dos precedentes judiciais (OLIVEIRA, 2018, p. 547-549). Com efeito, afirmou-se anteriormente que a aplicação do precedente persuasivo ou vinculativo pelos tribunais, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, é indicativo da adoção da teoria dos precedentes, pois a mudança de orientação jurisprudencial iniciado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é rapidamente adotada (e ampliada) pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹⁵ (FGV, 2014, p. 5).

Analisando a literatura brasileira sobre a teoria dos precedentes, constata-se que há uma abordagem semelhante sobre ser ou não, o precedente, fonte do direito. Sabe-se que há controvérsias. Mas não se pode descurar da importância de abordar a questão da ingerência de um precedente vinculativo²⁹⁶ na coisa julgada, ou melhor, se o precedente tem força para afastar a coisa julgada. Deve-se, portanto, apresentar a premissa de que, com a atual legislação processual civil em vigor, os precedentes dos tribunais superiores definem o sentido do direito vigente.

Ora, o precedente vinculativo propicia a alteração do ordenamento jurídico e, assim, as alterações, as modificações podem ser consideradas nas circunstâncias jurídicas que foram apreciadas quando da prolação da decisão judicial acobertada pela autoridade da coisa julgada. Não aceitar a flexibilização da coisa julgada acarreta o disparate da convivência de dois regimes jurídicos distintos sobre o mesmo tema. Ora, o predicado da igualdade e da segurança jurídica resta abalado quando há decisões conflitantes de um ou vários tribunais e, será mais pernicioso ao sistema, a existência de coisa julgada sobre o mesmo tema que afronta a isonomia que, por sua vez, acarreta injustiça (OLIVEIRA, 2018, p. 549-550). A convivência, com efeito, de regimes jurídicos distintos ocasionados pela decisão anterior (inconstitucional) e a decisão atual (conforme a Constituição) ambas oriundas da estabilidade propiciada pela coisa julgada, ofende

²⁹⁴ Neste sentido confirma-se Súmula n.º 611 do Supremo Tribunal Federal.

²⁹⁵ Para comprovar a tese apresentada no relatório, citam-se os *Habeas Corpus* n.º 109.956/STF e n.º 216.882/STJ

²⁹⁶ A terminologia de precedente vinculativo já foi considerada tautológica, pois é um precedente se for apto à formação do direito (TARUFFO, 2011, p. 148).

o princípio da proporcionalidade²⁹⁷, devendo, pois, a coisa julgada ser desmitificada e relativizada, quiçá desconsiderada (GRINOVER, 2014, p. 7).

Ora, a coisa julgada acarreta a imutabilidade e a indiscutibilidade do caso levado ao Poder Judiciário. No entanto, há que se ponderar a relativização dos efeitos ou da qualidade da coisa julgada, pois a coisa julgada inconstitucional não deve sobreviver no regime no qual a isonomia, a igualdade e a justiça são valores caros à sociedade. Assim, um precedente que é obrigatório e vinculativo pode e deve afastar a coisa julgada. A coisa julgada atinge situações que se operam no futuro²⁹⁸ e, assim, com o precedente dando nova coloração ao regime jurídico, resta afastada a eficácia e a existência da coisa julgada. O precedente, assim, altera a circunstância jurídica anteriormente apreciada e, com isso, deve se sobrepor quando o pronunciamento é da Corte Superior (OLIVEIRA, 2018, p. 561).

Neste sentido confira-se:

[...] a essa conclusão se chega a partir da constatação de que a consolidação jurisprudencial dos tribunais superiores em sentido contrário àquele consignado na decisão transitada em julgado constitui nítida alteração das circunstâncias jurídicas existentes quando da formação da coisa julgada, apta a obstar os seus efeitos [...] (OLIVEIRA, 2018, p. 562).

Portanto, fixado novo entendimento sobre o conteúdo normativo em vigor, há de se afastar a coisa julgada, pois não é possível que a coisa julgada contrária ao entendimento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça continue gerando efeitos. No direito processual civil, o afastamento da coisa julgada é defendido nos casos de efeitos futuros (*ex nunc*). No direito tributário, a obrigação fiscal pode ser afastada e, assim, pela similitude com o direito penal, a coisa julgada contrária ao entendimento também deve ter sua eficácia afastada em benefício do acusado. Deve-se, portanto, flexibilizar a coisa julgada, observando-se os seus limites objetivos e temporais (OLIVEIRA, 2018, p. 564).

Com efeito, houve uma evolução da ordem jurídica com o novo entendimento judicial externado pelo precedente e, assim, deve ser aplicado no processo penal de imediato, afastando-se, pois, a coisa julgada inconstitucional ou com fundamento em interpretação em

²⁹⁷ Trata-se de um princípio implícito na Constituição Federal. Pode-se definir como uma relação entre o fim e o meio, ou seja, o fim e o fundamento de uma intervenção para o possível controle do excesso. É, assim, a existência adequada entre um fim determinado e os meios para a sua consecução (BONAVIDES, 1994, p. 275-276).

²⁹⁸ Neste ponto é possível pensar que a sentença penal terá efeito sucessivo no futuro quando de sua execução, ou seja, se executará uma sentença que se fosse proferida atualmente não se sustentaria de acordo com os precedentes vigentes da corte de precedente e da corte suprema do país.

desconformidade com a Constituição. Sintetizando, havendo alteração da ordem jurídica normativa pelo precedente vinculativo oriundo de Corte Superior, deve-se aplicar o antigo adágio *rebus sic stantibus* e, assim, superar a coisa julgada (ZAVASCKI, 2012, p. 110).

Sobre os direitos penal e processual penal, em específico, ambos têm supedâneo constitucional e, portanto, tem como importante e basilar o direito da igualdade²⁹⁹. Os princípios da legalidade³⁰⁰ e do devido processo legal³⁰¹ são fundamentos que o Estado lança mão para atingir o importante valor da igualdade. No entanto, a existência de uma sentença condenatória fundada em norma declarada posteriormente inconstitucional, ou ainda, uma sentença condenatória fundamentada com uma interpretação que posteriormente foi declarada incompatível com a Constituição Federal, não pode coexistir no sistema que, após à declaração de inconstitucionalidade, aplica o novo entendimento ao direito judicial vigente.

Destarte, o estudo indica que os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria penal e processual penal, podem e devem ser fundamento para afastar ou mitigar a condenação que outrora era constitucional e posteriormente deixou de sê-la. Ora, a coisa julgada vem recebendo tratamento jurídico que acarreta sua flexibilização, reduzindo o alcance da imutabilidade e da indiscutibilidade. A aplicação dos precedentes sobre tal ótica deve ser analisada sobre o papel do Poder Judiciário que deve propiciar unidade ao direito.

O papel do Poder Judiciário é também o de interpretação e formação do direito, a qual, como se sabe, passa especialmente pela aplicação do direito, pois cria-se o direito diuturnamente a cada caso com a concretização da norma. O texto abstrato é o início da formação do direito que, em sua individualização crescente, se concretiza. Portanto, a decisão judicial, ao invés de apenas declarar puramente o direito, õvai além, tendo a natureza constitutiva da norma jurídicaö (OLIVEIRA, 2018, p. 550-552).

Significativas são as seguintes palavras:

[...] somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta nas normas gerais, a ignorância da norma

²⁹⁹ õArtigo 5º da Constituição Federal - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.ö

³⁰⁰ Artigo 5º, II, da Constituição Federal ó õninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.ö

³⁰¹ Artigo 5º, LIV, da Constituição Federal ó õninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.ö

jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo da criação jurídica [...] (KELSEN, 2005, p. 265).

Neste ponto, várias decisões sobre normas individuais podem ser proferidas pelos tribunais diante da incerteza de textos legislativos equívocos e abertos³⁰². Assim, cabe ao Poder Judiciário unificar tais dissonâncias para, ao fim, garantir o princípio constitucional da igualdade. Dessa forma, as cortes superiores, aplicando os institutos que tornam a decisão vinculante, um precedente *erga omnes* e obrigatório, podem, ã partir dos fundamentos da decisão, apresentar uma norma jurídica aperfeiçoada e densa ã que deverá ser utilizada para a decisão de casos iguais no futuro.

Sobre o tema vale a pena transcrever o seguinte texto:

[...] antes da edição do precedente judicial, está-se diante de uma moldura legislativa que dá ensejo a diversas interpretações. Após o precedente, deu-se um passo avante no processo de concretização do Direito e se ofereceu aos cidadãos o conteúdo mais preciso das normas jurídicas em vigor [...] (OLIVEIRA, 2018, p. 554).

Assim, se uma decisão condenatória transitada em julgado é uma norma jurídica para o caso concreto, já é produto da evolução do direito posto, mas, quando há novas decisões que declaram inconstitucional a lei que fundamentou a decisão condenatória, ou ainda, a interpretação aplicada não é mais considerada em conformidade com a Constituição, há também evolução do direito e, por conseguinte, deve-se afastar os efeitos da decisão anterior, ainda que acobertada pela coisa julgada (OLIVEIRA, 2018, p. 554-555).

Portanto, para se manter o direito da igualdade previsto na Constituição Federal, o precedente deve ser considerado como meio apto para impugnar a sentença condenatória que se tornou afronta à Constituição nas hipóteses aventadas anteriormente. Ora, a definição do texto, a extração da norma, é tarefa do Poder Judiciário e, assim, o precedente ã impacta decisivamente o ordenamento jurídico. Pelo precedente há mais segurança jurídica por trazer o estreitamento da margem de interpretação, a redução da complexidade. Identifica-se, pois, com o precedente, o direito vigente, reduzindo-se o âmbito de atuação do intérprete que induz maior previsibilidade. Tal redução de atuação acarreta ã uma espécie de revogação das demais opções hermenêuticas que, anteriormente ao precedente, eram juridicamente admitidas. Desta

³⁰² Sobre o tema confira: SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da. *Hermenêutica e homicídio qualificado*. Brasília: Ed. TJDF, 2014.

forma, com o precedente ficam afastadas as possíveis posições que dele divirjam, devendo, assim, ser aplicada a interpretação definitiva apresentada pelo Poder Judiciário.

Assim, õfica para traz um estado de insegurança jurídica para conferir previsibilidade do Direito aos cidadãos. Eventual norma que poderia ser tida como legítima não mais pode ser aplicada, pois a definição operada pelo precedente deve afastar a possibilidade de sua aplicação (OLIVEIRA, 2018, p. 554 e 556-558). Destarte, como dizia Karl Larenz, o direito se desenvolve com as interpretações, pois õdesde que seja a primeira ou se afaste de uma interpretação anterior, representa um desenvolvimento do direito (1997, p. 520).

Assim, o precedente judicial vinculativo e obrigatório deve repercutir para os direitos penal e processual penal como garantia da igualdade e da segurança jurídica do cidadão. Enfim, como afirmou Thomas da Rosa de Bustamante, teorizar sobre a aplicação dos precedentes judiciais é considerado por muitos como um esforço inútil, por vezes por ser incompatível com o sistema da *civil law*, ou por ser contrário à cultura tradicional brasileira (2012, p. 539). No entanto, pode-se concluir que historicamente a teoria dos precedentes vem sendo paulatinamente introduzida no sistema jurídico brasileiro, alterando-se a cultura jurídica sob o fundamento de que é necessário para que o sistema jurídico seja justo, racional e atenda aos princípios da igualdade, previsibilidade e segurança jurídica.

8.4 Considerações parciais

Analisado o tema, sob o enfoque do direito processual civil e penal, pode-se afirmar que a coisa julgada, nos direitos penal e processual penal brasileiro, pode ser mitigada diante da aplicação da teoria dos precedentes vinculantes. A análise iniciou-se com o estudo da coisa julgada e da coisa julgada inconstitucional. Aprofundando-se na temática, foi possível encontrar subsídios de que é possível flexibilizar a coisa julgada, como já ocorre tanto no processo civil quanto no processo penal, uma vez que naquele é possível a Ação Rescisória e atualmente a impugnação à título judicial advindo de uma sentença transitada em julgado. Neste, o processo penal, verificou-se que há a flexibilização advinda da possibilidade de afastar a condenação transitada em julgado pela Revisão Criminal, bem como pela via estreita do *Habeas Corpus*.

Foi possível constatar que atualmente há uma tendência em sacrificar-se a segurança jurídica advinda da coisa julgada em prol da constitucionalidade, da legalidade e da justiça, pois é possível afastar a coisa julgada inconstitucional da ilegalidade e, por fim, a injustiça

decorrente do erro judiciário. Pode-se, então, aplicar o precedente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ainda que presente a coisa julgada, pois o precedente como sendo uma regra deve retroagir para beneficiar o réu. É certo que, no direito processual civil, a adoção da teoria dos precedentes vinculantes traz a regra de aplicação *ex nunc*, ou seja, somente deve ser aplicado o novo entendimento aos casos novos a partir da edição do precedente paradigma. No entanto, o estudo revela que tal regra não pode ser aplicada ao direito penal, uma vez que, em uma analogia ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, o precedente mais benigno também deve ser aplicado e, assim, retroagir e afastar a coisa julgada, beneficiando o acusado.

Dessa forma, a mitigação da coisa julgada, já existente no sistema processual civil e penal, pode ser ampliada pela fixação de tese jurídica em sede de precedente vinculativo, já que é obrigatório e, portanto, deve aplicar-se a todos os casos, inclusive os já acobertados pelo manto da coisa julgada, pois, como foi apresentado durante o presente capítulo, não é possível que dois entendimentos sobre fatos idênticos sobrevivam em um mesmo contexto, pois se isso ocorrer, estar-se-á diante de uma violação aos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Finalizando, a inquietação inicial de que seria ou não possível flexibilizar a coisa julgada de uma sentença penal condenatória, diante de um precedente vinculante posterior, agora pode ser respondida, pois pode se afirmar que, na seara penal e processual penal, já existe uma mitigação pela Revisão Criminal e pelo *Habeas Corpus* sempre em prol do acusado. Destarte, se há uma decisão transitada em julgado com injustiça por erro judiciário ou ilegalidade por superveniência de *novatio legis in melius*, há a possibilidade de alteração pelos instrumentos acima ventilados. Da mesma forma, havendo uma decisão transitada em julgado que, em decorrência de posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, não é mais justa, legal ou constitucional devido ao precedente judicial vinculante, desde que beneficie o acusado. O estudo indica que o precedente vinculante afasta a coisa julgada, retroagindo e operando plenos efeitos.

9 O JULGAMENTO PELOS MAGISTRADOS DA CORTE DE PRECEDENTES DO BRASIL

No passado Alexander Hamilton afirmou que òtreze tribunais independentes de jurisdição definitiva sobre as mesmas causas, oriundas das mesmas leis, comporiam no governo uma hidra capaz de gerar apenas contradição e confusão (MADISON, 1993), ou seja, ponderou-se na necessidade de que os juízes decidissem de maneira igualitária, que houvesse um poder concentrando o entendimento sobre o direito de maneira que fosse uniforme.

Desde aquele tempo, sempre se preocupou em como os juízes decidem. Tal tarefa não é fácil e incomoda juristas, leigos, políticos e particularmente o âmbito acadêmico, ou seja, há uma busca incessante para òexplorar, em outras palavras, se, ou em que medida, os juízes baseiam suas decisões estritamente na lei e não em considerações políticas. Trata-se de assunto que divide opiniões, no entanto, o tema ainda é pouco difundido nos bancos das universidades do ensino jurídico. Ora, òescolas de direito ajudam a treinar estudantes de direito a ler criticamente opiniões judiciais e a construir (e desconstruir) teorias de julgamento, mas raramente instruem seus alunos sobre como escrever opiniões judiciais (como juízes de julgamento ou membros de tribunais) (GERHARDT, 2009, p. 2185).

É comum deparar-se com a afirmação de que o juiz deve ser imparcial para o processo. No entanto, isto não quer dizer que está livre de influências, bem como dos valores que possui em sua formação moral e jurídica. Assim, o juiz decide carregando seus valores, inclusive, pelas preferências políticas que ostenta, trata-se, assim, de um legislador ocasional (POSNER, 2008, p. 81-118). Outra reflexão que se apresenta é no que concerne à função do juiz³⁰³, qual seja, a tarefa complementar ao texto normativo que já foi editado pelo Poder Legislativo. Há, portanto, uma relação distinta de outrora, há uma nova realidade. Com efeito, o juiz não estará ònem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo.

O juiz, na òbusca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária deve considerar que os textos legais devem ser aplicados não em òum simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais. Mas não deve se esquecer que sua atuação deve gerar previsibilidade e preservar a

³⁰³ De forma geral, ou seja, juízes, desembargadores e ministros.

segurança jurídica, pois deve harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes sobre o que é justo e equitativo (PERELMAN, 1998, p. 189-190).

Sobre o tema, pode-se fazer uma indagação fundamental, qual seja: Quando decidem litígios consideram-se obrigados a seguir os *standards* predeterminados ou não? (MACCORMICK, 2010, p. 167-168). A indagação perpassa pelo cerne do presente estudo, qual seja, a teoria dos precedentes no direito brasileiro da atualidade.

Sobre a necessidade e a importância da temática, ressalta-se que:

[...] a ascensão institucional do Poder Judiciário, a judicialização decorrente da abrangência da Constituição de 1988 e a massificação do acesso à justiça impõem a otimização do tempo e dos recursos humanos e materiais postos à disposição das cortes. É nesse contexto que se dá a instituição de um amplo sistema de precedentes vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a operação com precedentes demanda o domínio de técnicas de decisão e de categorias com as quais os juízes brasileiros, de formação romano-germânica, não têm total familiaridade [...] (BARROSO; MELLO, 2016, p. 10)

O tema é palpitante, pois, ao se abordar a atividade judicial, o ponto central de muitas discussões e debates que sempre surge é o da criatividade judicial, pois encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que, na interpretação judiciária do direito legislativo, está insito certo grau de criatividade. Ora, interpretar é sempre adentrar nos pensamentos, nas inspirações e na linguagem utilizada pelo legislador e, assim, sempre ocorre variações como na interpretação do músico de uma grande obra que nunca pode ser comparada com a execução musical de um vizinho ruidoso. No direito não é diferente, pois uma dada palavra ou a combinações de palavras geram inúmeros significados, inclusive, ao consultar um dicionário, constata-se a amplitude de significados (CAPPELLETTI, 1999, p. 20-22).

Diante das várias combinações que é possível apresentar no ato de interpretar, ao juiz é dada a tarefa soberana, a prerrogativa da escolha do sentido do texto legal. Há, então, sempre margem de criação do direito pelos juízes, mas esse não é o problema. A problemática é o grau de criatividade e quais são os limites de aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais, pois a prerrogativa de escolha não pode ser confundida com a afirmação de total liberdade do intérprete. A criação judicial do direito é, então, um processo aceitável e é um fenômeno crescente, principalmente para se afastar do formalismo exacerbado do *case method* (*common law*) e do formalismo científico e conceitual (*civil law*) e, portanto, o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, atrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma neutra.

Mas tal assertiva não pode ser interpretada como afirmação de que os juízes são então legisladores. Os juízes são efetivamente chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito, já que existem fundamentais diferenças entre o processo legislativo e o processo criativo dos juízes, pois naquele há uma atividade ativa, enquanto que neste a atividade é passiva com uma conexão da decisão com o caso concreto, há a imparcialidade do juiz ao analisar a demanda e, por fim, a atividade é eminentemente passiva pelo fato de que o juiz deve ser provocado, pois *nemo iudex in causa sua* (CAPPELLETTI, 1999, p. 20-25, 31-33 e 74-76).

Sobre a justiça judiciária, ressalta-se que:

[...] a elaboração de normas pelo Poder Judiciário (*judicial law-making*) é, entre outras coisas, relacionada à possibilidade de ampliar doutrinas e normas já existentes, ajustando-as sucessivamente às graduais mudanças tecnológicas, econômicas ou sociais e introduzindo pequenas alterações para evitar as indesejáveis e não intencionais consequências de aplicar regras a circunstâncias que não foram anteriormente previstas quando essas regras foram editadas. Ou seja é a própria ideia de que o direito deve se desenvolver e se adaptar à realidade social [...] (BARBOZA, 2016, p. 160).

No entanto, existe, nos sistemas jurídicos mundiais, uma diversidade na atividade dos juízes e os sistemas jurídicos sempre dão importância crucial ao papel da função judicial, ou seja, dos juízes e dos tribunais. Da história pode-se extrair que o sistema de justiça no mundo foi moldando-se gradualmente. No direito romano, por exemplo, o Poder Judiciário foi confiado aos juízes comuns. No direito europeu, ainda na Idade Média, as assembleias legislativas ditavam o direito, mas na sequência foram transformadas em tribunais e, mais tarde, a figura do juiz se fez presente. No direito inglês, havia a independência do juiz, que simbolizava o Rei e deveria manter a paz do Rei. No direito americano, os tribunais independentes existiam e se aplicava a soberania da Lei pelos juízes comuns, o que causou severas críticas pelo fato de que era uma aplicação do direito rígido e inflexível (POUND, 1976, p. 90-91).

Com a evolução, a justiça judiciária apresentou vantagens, ao contrário do que pregavam as impugnações, pois, com a aplicação da lei pelo Poder Judiciário, eram combinadas as possibilidades de certeza e flexibilidade melhor que qualquer outra forma de administrar a justiça. Havia a certeza, diante do fato, de que a lei era aplicada por um juiz devidamente investido no cargo, treinado e com experiência. Outro ponto que revela vantagem, era a de que, havendo casos concretos, há pontos de vistas diversos e isso acarreta o desenvolvimento com restrição ou extensão do direito com base em princípios racionais. E mais, a obrigação do juiz em seguir os princípios e os padrões estabelecidos era considerada como vantagem do direito

judiciário. A publicidade dos atos também foi considerada como uma vantagem do sistema judicial, pois os fundamentos das decisões estão sempre disponíveis a todos os interessados.

Assim, a justiça judiciária se revela a forma mais segura para se garantir a justiça, uma vez que a vida e a ordem jurídica medidas pela razão e o processo judicial realizado mediante a aplicação de técnica raciocinada à experiência desenvolvida pela razão e esta verificada pela experiência traduzem a justiça pelo Poder Judiciário (POUND, 1976, p. 94-95 e 98). Destarte, sem dúvidas, o papel da justiça judiciária é de grande importância e, como visto, não se pode sublinhar o exclusivismo da lei em detrimento de outras fontes, quicá da jurisprudência como fonte do direito (DAVID, 2002, p. 147).

As inovações legislativas e a evolução do direito trouxeram nova roupagem ao direito aplicado pelos juízes, inclusive, alterando a função dos magistrados na modernidade. Sobre o tema, apresenta-se a seguinte transcrição para fins de reflexão:

[...] o juiz, mesmo quando ele é livre, ele não é ainda totalmente livre. Ele não pode inovar por prazer. Ele não é um errante, divagando voluntariamente na busca de seu próprio ideal de beleza ou bondade. Ele deve buscar sua inspiração em princípios consagrados. Ele não está ali para um sentimento espasmódico, para vaga e desregulada benevolência. Ele deve exercer a discricionariedade informado pela tradição, metodizado pela analogia, disciplinado pelo sistema, e subordinado à primordial necessidade de ordem na vida social [...] (BENJAMIN, 1921, p. 141)

Constata-se, assim, que o juiz não é livre, pois deve buscar nos princípios seu fundamento de decisão, bem como deve ser subordinado e disciplinado pelo sistema. Neste ponto que a teoria dos precedentes tem força de alterar o sistema da *civil law* e se aproximar do que é hoje a *common law*. Ora, a função dos juízes em dizer o direito, interpretando e criando normas para o caso concreto, é delineado de acordo com o contexto de cada tradição, vale dizer, das famílias do direito que o país adota, ou seja, *common law* ou *civil law*. Historicamente na *civil law*, o papel do juiz foi limitado, atribuindo-lhe a função dependente e mecânica de declarar a vontade do legislador expressa na lei. De outro lado, aos juízes da *common law* foi atribuído papel central, sendo considerados os grandes personagens, os agentes do campo jurídico imbuídos de maior capital simbólico no sistema jurídico (DRUMOND; CROCETTI, 2010, p. 41).

Mas isso não é tudo: é necessário ir além e descobrir o que o juiz pensa. Para saber, não é suficiente sugerir que eles realmente são algo diferentes do que eles pretendem ser, particularmente quando muito do que eles fazem e são não foi totalmente divulgado (GERHARDT, 2009, p. 2204). Destarte, é preciso conhecê-los, sendo o melhor caminho

analisar como decidem no dia-a-dia e, assim, as universidades devem focar a atenção no Poder Judiciário, devem estimular os alunos a analisarem a influência que as características pessoais e profissionais dos juízes exercem nas decisões.

Centrar a pesquisa no Superior Tribunal de Justiça se justifica pelo fato de que a tarefa de tal tribunal é estabelecer vetores, orientações para todo o Poder Judiciário, ou seja, precedentes a serem seguidos. Não é possível tratar tal tribunal como se fosse terceira instância, pois deve a Corte de Precedentes atuar como instituição que procede e age em função normativa-jurídica, estabelecendo a unidade do direito de forma vinculante (NEVES, 2014, p. 675).

Assim, durante o estudo para a formação da tese, realizou-se uma pesquisa com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que julgam casos afetos aos direitos penal e processual penal com o enfoque da teoria dos precedentes³⁰⁴. No presente capítulo, são analisados os resultados da pesquisa que teve como, ponto de partida, o seguinte problema: O Superior Tribunal de Justiça, enquanto Corte de Precedentes, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico? Para responder a problemática foi proposta a seguinte hipótese: o Superior Tribunal de Justiça, diante das alterações legislativas e a aproximação do sistema jurídico brasileiro da *common law*, realmente aplica e obedece a teoria dos precedentes e, assim, respeita precedentes horizontal e verticalmente o que redundaria na uniformização do direito com maior segurança jurídica.

Desde a publicação do novo Código de Processo Civil, proliferou-se o estudo sobre o tema. No entanto, a abordagem com um recorte no direito processual penal demonstrou-se inédita em vários pontos. Com efeito, a judicatura adequada e suas finalidades perpassa por um ponto crucial, qual seja, a execução dos dispositivos constitucionais e legais. É certo que os mencionados dispositivos são de aplicação a todos que se relacionam com o ordenamento jurídico posto e, assim, a correlação entre os dispositivos editados pelo Poder Legislativo e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário estão ligados pelos axiomas políticos e a justiça aplicada ao caso concreto. Tem-se, assim, õuma necessidade de uniformidade na interpretação

³⁰⁴ Pesquisa realizada com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que possuem competências para julgar Direitos Penal e Processual Penal. Trata-se da Seção de Direito Penal e a Corte Especial.

das leis, pois tal questão é apresentada como solução para o problema da segurança jurídica (MADISON, 1993, p. 487-488).

O ponto investigado foi dividido em partes, realizando-se uma introdução sobre o Superior Tribunal de Justiça como Corte de Precedentes, o resultado da pesquisa com os Ministros e, ao final, a análise de casos julgados. Os casos foram escolhidos com um recorte simples, qual seja, os últimos cinco casos julgados pelos ministros da Corte Especial e da Terceira Seção até abril de 2018. Os resultados são apresentados em uma análise entrelaçada com a literatura específica sobre o tema.

9.1 A Corte de Precedentes brasileira

As Cortes Superiores, segundo Piero Calamandrei, têm função de garantir a uniformidade da jurisprudência. No entanto, nos dias de hoje, referida afirmação seria dirigida às Cortes de Precedentes, pois são elas que deveriam impor a exata interpretação da lei como cânones para os casos subsequentes, ou seja, em sua visão de qual seria a função das cortes, hoje seria a função das Cortes de Precedentes e, enfim, pode-se falar de nomofilaquia através do precedente para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões generalizáveis e projetadas para o futuro (TARUFFO, 2014, p. 13-14).

Historicamente as cortes de cassação possuíam competência para afastar decisões quanto a sua interpretação e aplicação da lei, sempre com o foco, o pressuposto de que a decisão cassada foi proferida em *contravention expresse au texte de la loi*. Assim, as cortes passaram a analisar a questão sobre a violação do direito, deixando aos tribunais ordinários o julgamento dos fatos. Posteriormente, as decisões dos tribunais de cassação deixaram de ter força persuasiva, pois, ao demonstrarem na decisão a questão do direito, cassando qualquer decisão contrária a tal entendimento, passaram a ter força vinculativa, obrigatória, definindo a interpretação correta da lei e garantindo uniformidade.

No Brasil, assim como em muitos países que adotam o sistema jurídico da família da *civil law*, há uma certa distância entre o texto legal e a norma que se extrai no ato de interpretação e aplicação. E mais, com a força do constitucionalismo, bem como com a evolução das teorias de interpretação, os tribunais passaram, ao lado do Poder Legislativo, a desenvolver o direito por meio da teoria dos precedentes (MARINONI, 2013, p. 50-52).

Com a Constituição Federal de 1988³⁰⁵, conferiu-se ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) o papel central na uniformização do direito brasileiro, ou seja, trata-se da Corte de Precedentes brasileira que tem como função pacificar as divergências jurisprudenciais sobre a interpretação da lei federal. E mais, a missão que lhe foi outorgada pela Constituição é a de propiciar segurança sistêmica e de assegurar uma aplicação uniforme do direito federal (MENDES; BRANCO, 2015, p. 999-1000).

No entanto, notou-se um desrespeito ao entendimento exarado pelo STJ por parte dos juízes, ou seja, faltava-lhe autoridade nas decisões e, com isso, o desrespeito às decisões traz falta de coerência e ofende a igualdade e a segurança jurídica. Com efeito, a liberdade do juiz em decidir, quando contrária ao entendimento da corte, nega a liberdade do cidadão, uma vez que esse, para se ver livre, deve poder prever as consequências jurídicas de suas condutas (MARINONI, 2013, p. 68 e 73-74). Nesse aspecto, o juiz deve decidir de modo que garanta a coexistência social e, portanto, a atividade judicial deve se desenvolver na aplicação das

³⁰⁵ Artigo 105, da Constituição Federal: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; b) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; c) os mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; d) os habeas corpus, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; e) os habeas corpus, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal, sujeito à sua jurisdição, ou Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; f) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; g) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos; h) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados; i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; j) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União; k) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; l) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; II - julgar, em recurso ordinário: a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País; III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal [...].

normas para assegurar um Estado organizado para a sociedade e para o indivíduo (BRUNO, 1967, p. 11).

Ainda que se preconize e se exija a indenpendência dos membros do Poder Judiciário, os juízes não podem confundir independência com irresponsabilidade, ou seja, tem que õprestar contas à sociedade, aos cidadãos, no que diz respeito à máquina judicial. Se quisermos livrar os juízes do controle dos cartórios, dos lobbies, das pressões corporativas, é preciso colocá-los ombreados com a cidadaniaö (LOPES, 2002, p. 76).

Portanto, a Corte de Precedentes deve estar atenta às alterações sociais e, assim, proferir decisões com o intuito de propiciar ao sistema jurídico brasileiro previsibilidade e segurança jurídica em manifestações coerentes e consonância aos anseios da sociedade. Por conseguinte, os juízes devem respeitar os precedentes, pois de nada adiantaria uma Corte de Precedentes fixar um entendimento e, logo em seguida, ser desprezada por juízes da mesma corte ou de cortes inferiores.

As funções e as competências do STJ pensadas pelo constituinte devem ser repensadas e adequadas a uma Corte de Precedentes, pois o sistema evoluiu. Ora, a evolução das teorias interpretativas, o reconhecimento da distinção entre o conteúdo do texto legal e a norma que se extrai do texto, bem como o impacto do constitucionalismo forçaram a concluir que houve profunda alteração da função jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário.

Portanto, ao STJ cabe õidentificar, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estadoö. Assim, deixou de ser o órgão que simplesmente se submete à lei, sendo, sem dúvidas, um poder atuante que define o sentido do direito, fazendo com que sua decisão integre a ordem jurídica e vincule seus pares e os magistrados hierarquicamente inferiores, enfim, uma Corte de Precedentes.

Assim, todos os juízes podem definir o sentido do direito em complemento ao texto do legislador, entretanto, somente se o STJ não se pronunciou sobre o tema de forma vinculante, já que só a este cabe definir e õdar unidade aos conteúdos acrescidos ao texto da leiö (MARINONI, 2013, p. 76-77 e 155).

9.2 A pesquisa com os Ministros do Superior Tribunal de Justiça

Para analisar como os ministros do STJ decidem, foi elaborado um questionário³⁰⁶ e apresentado aos que julgam causas afetas aos direitos penal e processual penal³⁰⁷. O questionário apresentado foi elaborado no intuito de direcionar, com precisão, que informações seriam necessárias para o objeto da pesquisa (FONSECA, 2009, p. 85). No questionário as possibilidades de respostas apresentam-se com a técnica de medida de atitude, pois são analisadas as posições de aceitação ou rejeição a respeito do tema pesquisado: a teoria dos precedentes (FIGUEIREDO; SOUZA, 2008, p. 118).

Trata-se de questionário objetivo com o intuito de evitar rejeição, no entanto, os elementos colhidos são de suma importância, pois apontam a real inclinação dos magistrados da Corte de Precedentes no que tange aos direitos penal e processual penal. O questionário foi apresentado pessoalmente aos ministros entre março e maio de 2018, solicitando-lhes que a resposta fosse apresentada durante a sessão que ocorria ou por via eletrônica (*e-mail*). Posteriormente, em junho de 2018, o questionário foi reapresentado por *e-mail* aos chefes de gabinetes dos ministros que não apresentaram as respostas na primeira oportunidade.

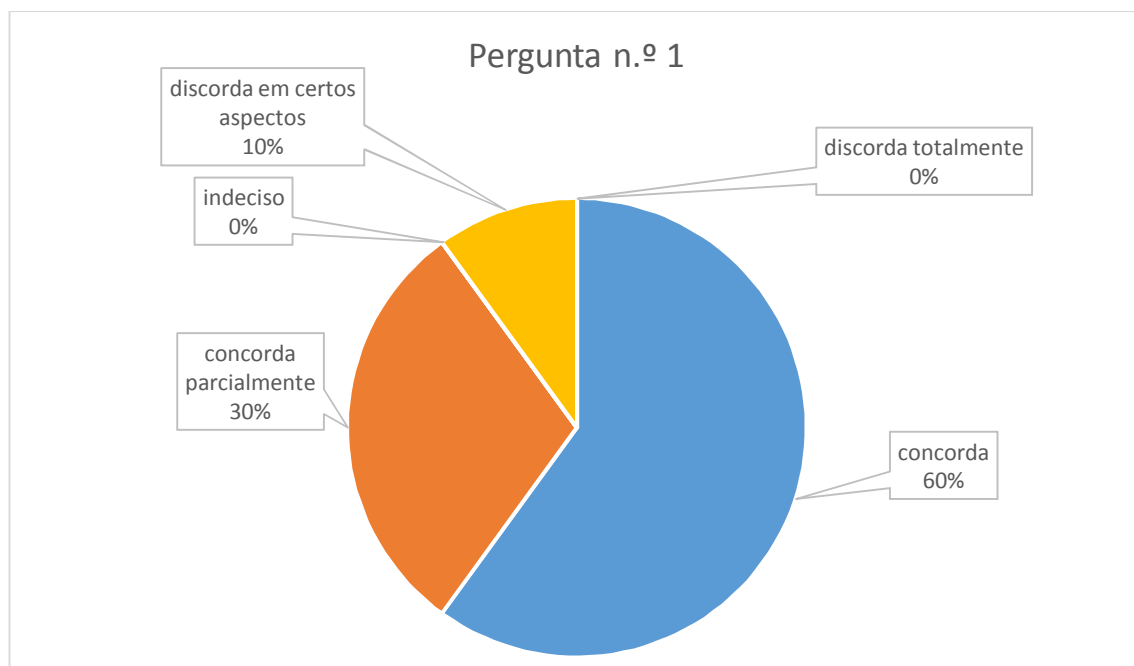
No período mencionado, foram recebidos, pessoalmente e por *e-mail*, 10 respostas. Infelizmente, os demais ministros não responderam, fazendo com que a pesquisa ó que tinha intenção de ser ampla na Corte de Precedentes ó ficasse limitada. No entanto, a ausência de respostas ao questionário por parte de alguns ministros era esperada, ou seja, é comum em tal espécie de pesquisa perante autoridades (LAKATOS; MARCONI, 1996, p. 201). Outro fator de se notar é que não há uma tradição no Brasil em pesquisas empíricas de tal natureza, bem como fica-se à mercê da boa vontade do pesquisado em responder o questionamento. No entanto, o parcial retorno ao questionário não abala a credibilidade da pesquisa, pois, além de ser esperado, a pesquisa científica considera, para efeitos de credibilidade, resposta de no mínimo 25 a 30% do público-alvo (FONSECA, 2009, p. 86).

Os resultados obtidos serão analisados em conjunto, tanto da corte especial quanto da seção de direito penal, mas pontuando pergunta por pergunta do questionário. Para uma análise mais objetiva, é apresentado um gráfico elucidativo do resultado.

³⁰⁶ O inteiro teor do questionário está no anexo a esta pesquisa.

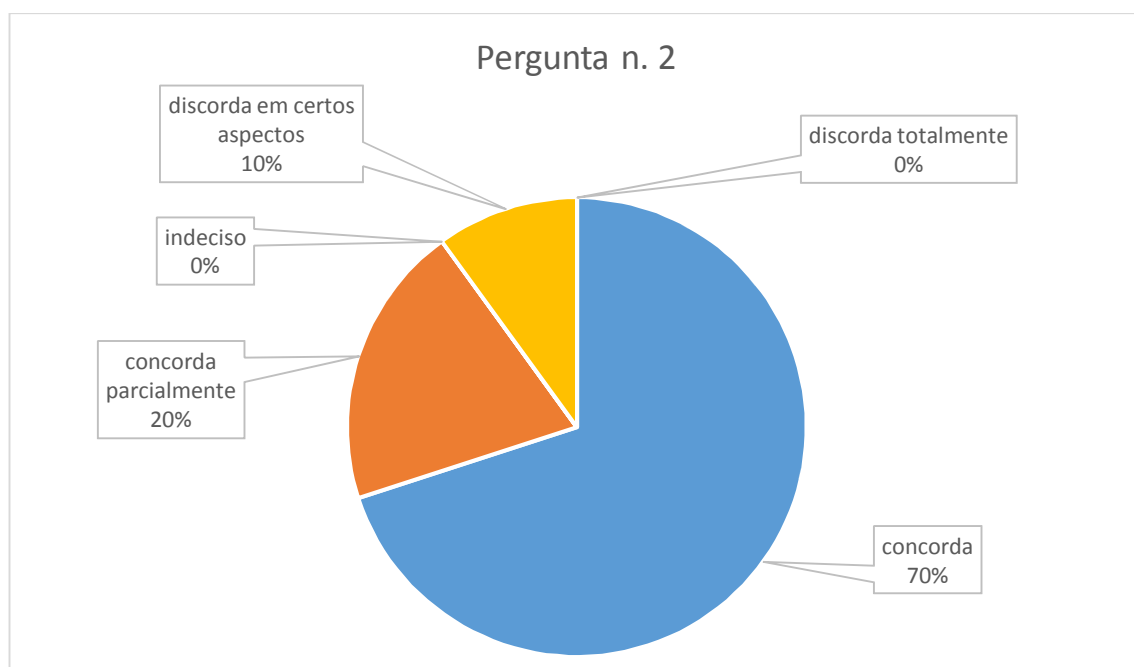
³⁰⁷ A corte especial do Superior Tribunal de Justiça é composta por 15 ministros e a Terceira Seção (Direito Penal) é composta por 10 ministros, sendo que, em abril de 2018, 2 ministros compunham tanto a corte especial quanto a Terceira Seção.

Gráfico 1: ao se deparar com casos comuns no dia-a-dia, aplica os precedentes da corte a que pertence, mesmo que não tenham força vinculante? (Questão n.º1)



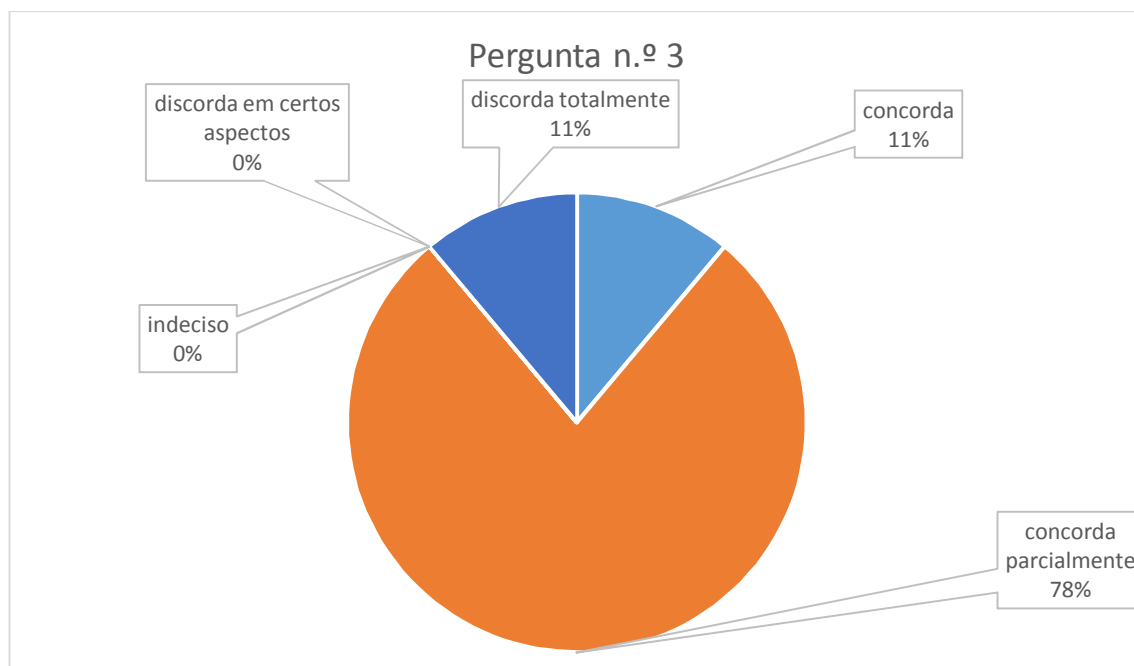
Fonte: o autor.

Gráfico 2: no mesmo cenário descrito no item anterior, aplica os precedentes do Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenham força vinculante? (Questão n.º 2)



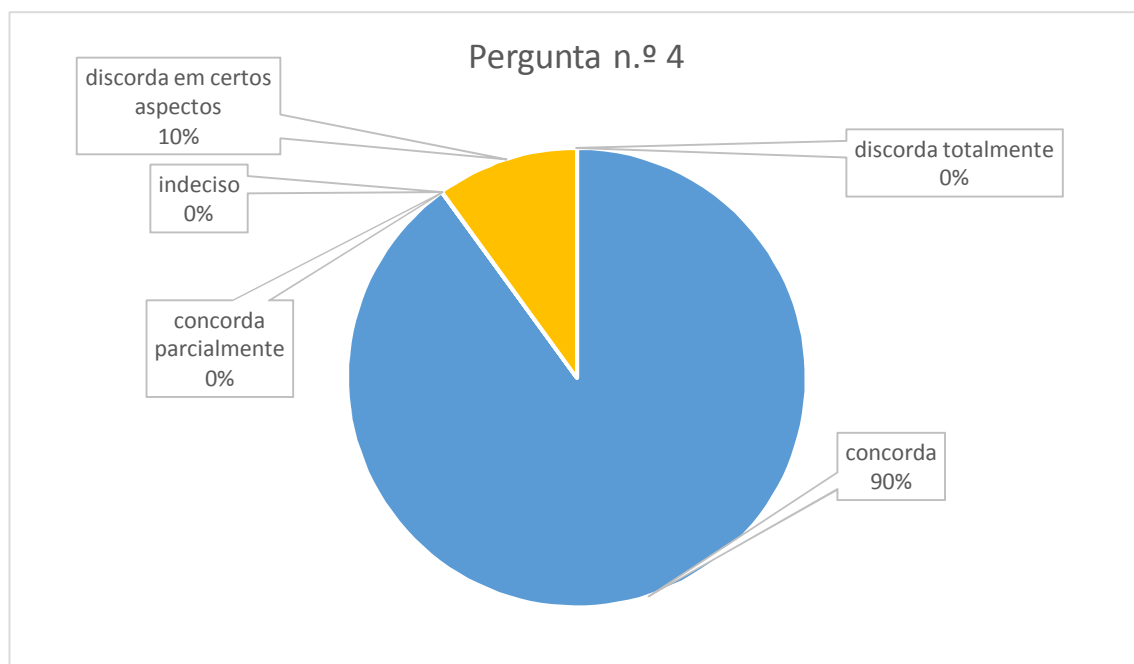
Fonte: o autor.

Gráfico 3: em um caso de difícil solução (*hard case*), na ausência de precedentes das cortes superiores, o senhor aplica a teoria do *stare decisis*? (Questão n.º 3)



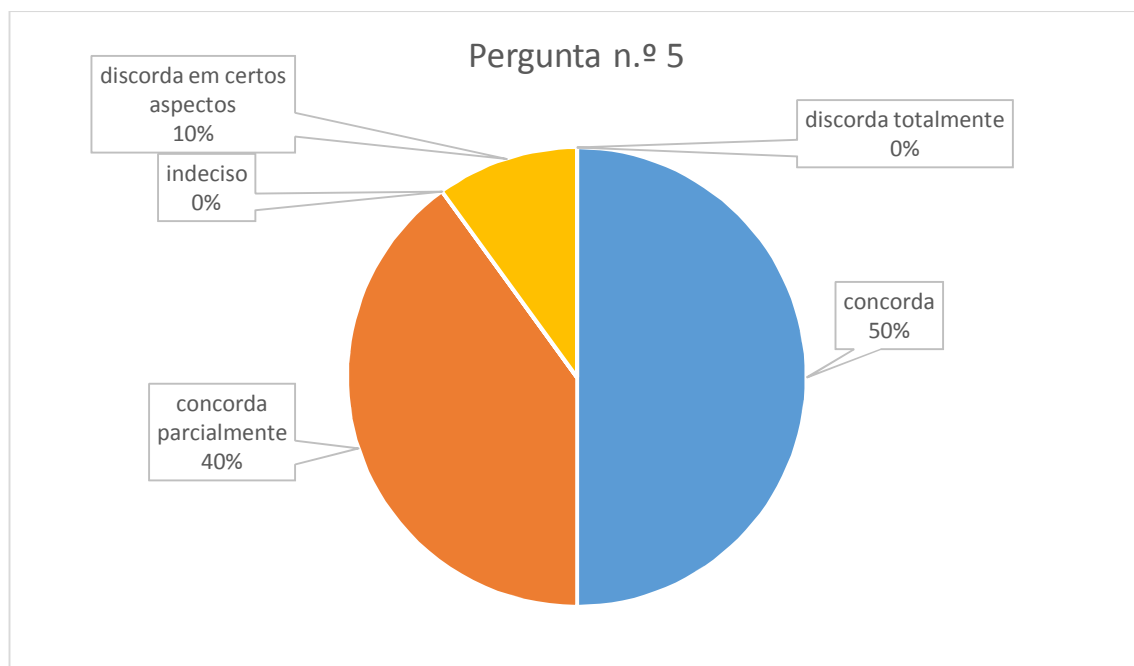
Fonte: o autor.

Gráfico 4: acredita que a aplicação de precedentes e súmulas vinculantes trazem a segurança jurídica e a estabilização no direito penal brasileiro? (Questão n.º 4)



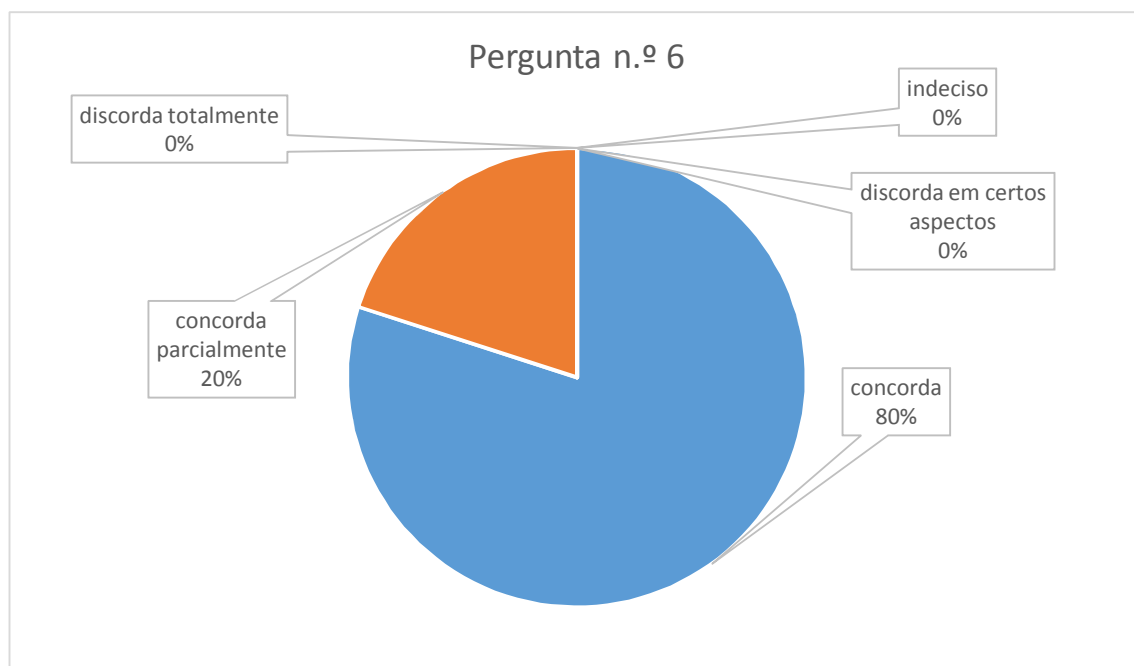
Fonte: o autor.

Gráfico 5: acredita que o sistema de precedentes vinculantes trouxe a evolução do sistema da *civil law* devido à influência da *common law*? (Questão n.º 5)



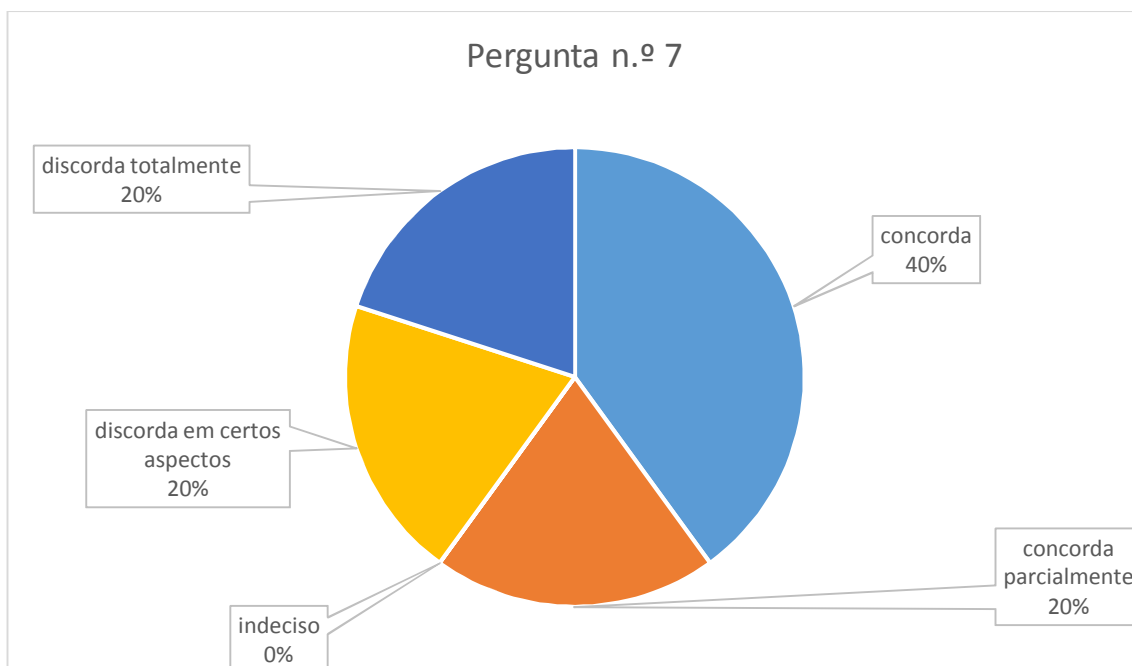
Fonte: o autor.

Gráfico 6: já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do *distinguishing*? (Questão n.º 6)



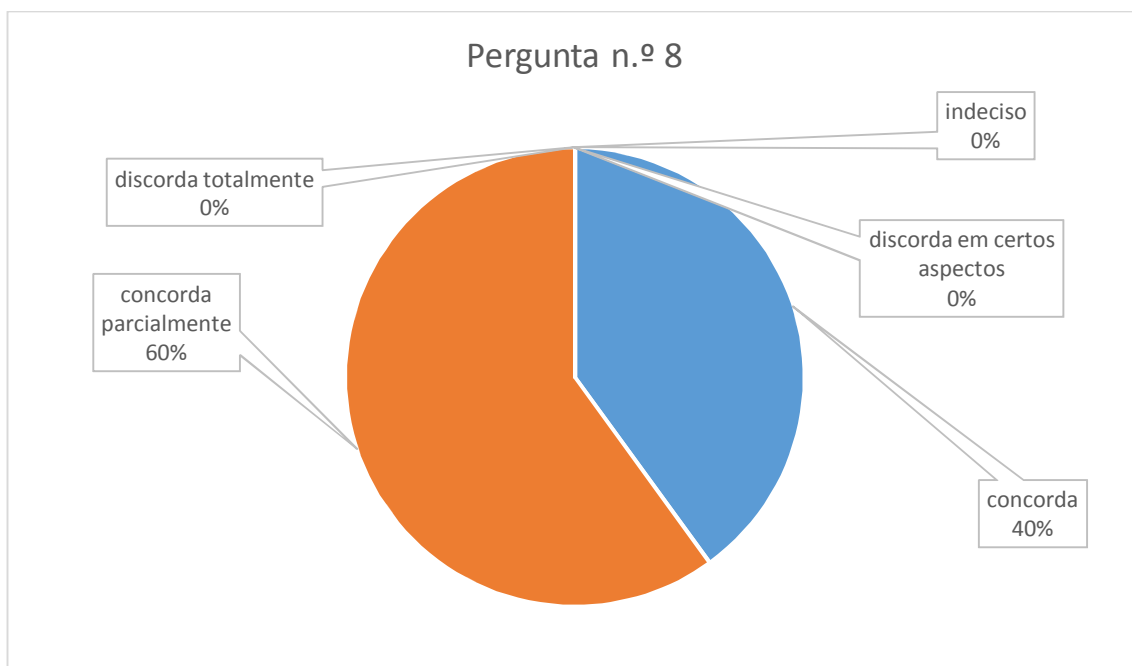
Fonte: o autor.

**Gráfico 7: já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do *overruling*?
(Questão n.º 7)**



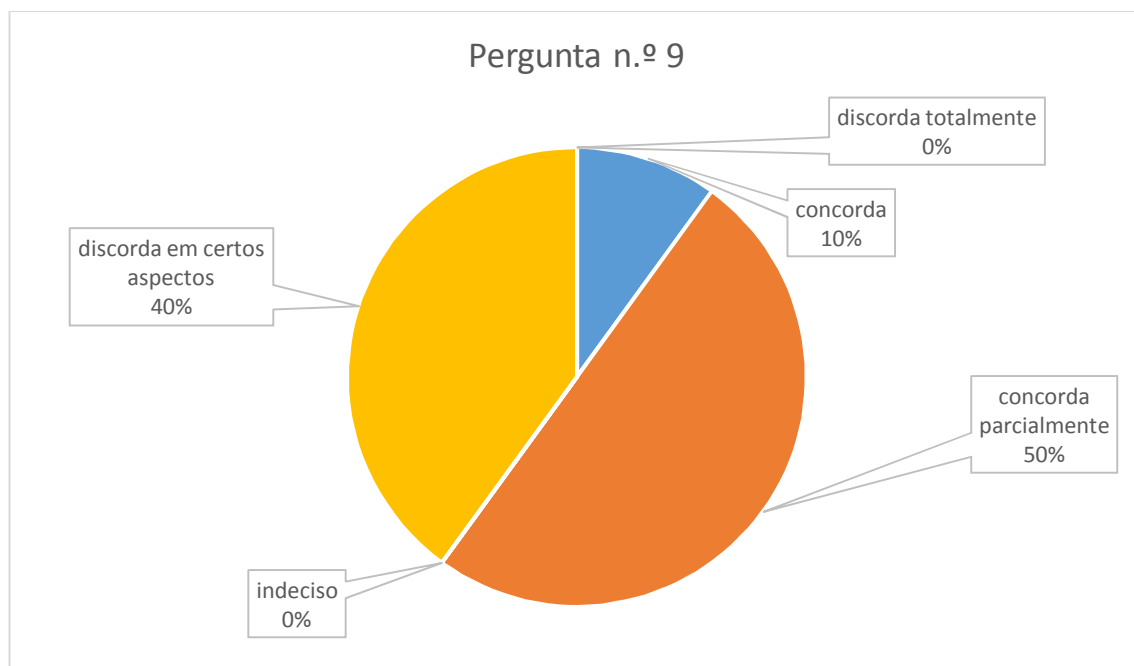
Fonte: o autor.

Gráfico 8: acredita que respeitar o precedente ou súmula vinculante é igual a respeitar a lei? (Questão n.º 8)



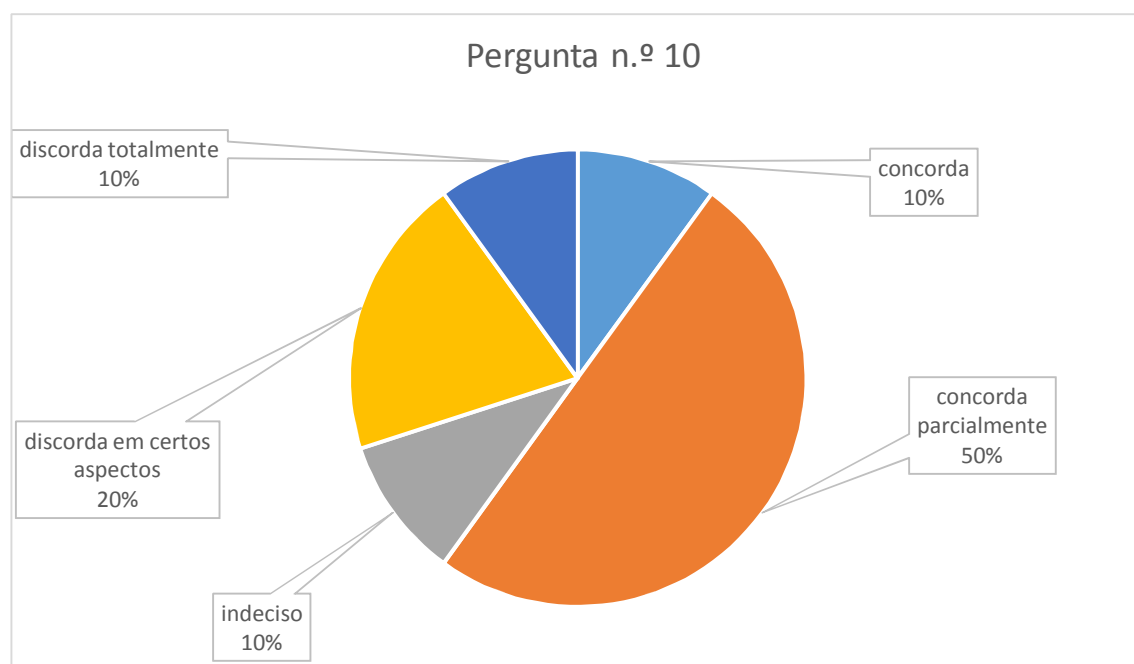
Fonte: o autor.

Gráfico 9: o precedente vinculante é mais impositivo do que a lei, pois naquele a margem de interpretação é menor do que nesta? (Questão n.º 9)



Fonte: o autor.

Gráfico 10: os precedentes vinculativos trazem mais segurança jurídica do que a lei? (Questão n.º 10)



Fonte: o autor.

Assim, diante do cenário apresentado pelas respostas dos ministros do STJ, especificamente aos direitos penal e processual penal, pode-se afirmar que a pesquisa revela que a corte está tendente a aplicar a teoria dos precedentes, ou seja, é uma realidade presente no sistema brasileiro.

Constatou-se que 56% dos magistrados do STJ, ao se depararem com casos comuns no dia-a-dia, aplicam os precedentes da corte a que pertence, mesmo que não tenham força vinculante (Questão n.º 1). À semelhança do primeiro questionamento, 56% dos ministros aplicam os precedentes do Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenham força vinculante (Questão n.º 2). Assim, a pesquisa indica que os precedentes, em sua maioria, ainda que com sua força persuasiva, incidem nos julgamentos e alteram a perspectiva da *civil law* em sua essência inicial, pois nitidamente é um instrumento do sistema jurídico da *common law*.

O questionário revelou que, em um caso de difícil solução (*hard case*), na ausência de precedentes das cortes superiores, 11% dos magistrados da Corte de Precedentes aplicam a teoria do *stare decisis*, no entanto, 78% dos mesmos magistrados afirmaram que concordam parcialmente com o questionamento. Tal resultado indica que há ainda uma certa resistência em afirmar que o STJ está criando direito sem fundamento em textos normativos, no entanto, a pesquisa também revela que há uma tendência no sentido de que será aplicada a teoria do *stare decisis*.

Em outro quesito, 89% dos ministros do STJ acreditam que a aplicação de precedentes e súmulas vinculantes trazem segurança jurídica e estabilização aos direitos penal e processual penal brasileiro. Tal resultado revela que não há segurança jurídica e igualdade de justiça se não forem decididos casos semelhantes de forma idêntica (Questão n.º 4). De outro lado, 56% de mencionados magistrados acreditam que o sistema de precedentes vinculantes trouxe a evolução do sistema jurídica da *civil law* devido à influência da *common law*. Tal percentual, somados aos 33% dos magistrados que concordam parcialmente com o questionamento, revela que houve uma evolução do sistema e do ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se afirmar que se caminha para um sistema híbrido, ou seja, fundado em textos legislativos nos ditames da família da *civil law*, mas paulatinamente acomplando institutos do sistema jurídico da *common law*, alterando a perspectiva inicial do sistema anteriormente adotado (Questão n.º 5).

Sobre a aplicação do sistema de precedentes, presente no ordenamento jurídico brasileiro, 78% dos ministros do STJ afirmaram que deixaram de aplicar precedentes

vinculantes lançando mão da técnica do *distinguishing*, sendo que, somados aos 22% que concordam parcialmente com o questionamento, atingem percentual que indica conhecimento dos institutos afetos à teoria dos precedentes (Questão n.º 6). Tal resultado também é corroborado quando 45% dos magistrados da Corte de Precedentes concordam e 22% concordam parcialmente ao questionamento afirmando que já afastaram precedentes vinculantes aplicando a técnica do *overruling* (Questão n.º 7).

Em relação à estrutura fundante da teoria dos precedentes, qual seja, o respeito ao precedente, 33% concordam e 67% concordam parcialmente que respeitar o precedente ou súmula vinculante é igual a respeitar a lei (Questão n.º 8). E, na sequência, 22% concordam e 45% concordam parcialmente que o precedente vinculante é mais impositivo do que a lei, pois naquele a margem de interpretação é menor do que nesta (Questão n.º 9).

Portanto, a aplicação do precedente, conforme indicam os resultados, é de grande envergadura, pois o precedente deve ser respeitado com força de lei impositiva, bem como terá maior segurança jurídica e, por conseguinte, imprimirá maior previsibilidade ao sistema, já que a margem de interpretação do precedente é menor ó possibilitando menor âmbito de variáveis no ato decisório.

Por fim, corroborando a assertiva acima, 11% dos ministros do STJ concordam e 56% concordam parcialmente que os precedentes vinculativos trazem mais segurança jurídica do que a lei (Questão n.º 10). Nota-se, então, que a segurança jurídica é, sim, fator importante na teoria dos precedentes, pois os resultados da pesquisa indicam que há uma tendência de que a teoria dos precedentes pode trazer mais segurança jurídica do que a advinda da lei.

9.3. A pesquisa dos julgados da Corte de Precedentes do Brasil

No intuito de corroborar a pesquisa acima, optou-se por realizar uma pesquisa em julgados da corte especial e da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ). O objetivo, em aprofundar-se no tema e adentrar no cerne dos precedentes aplicados pelos ministros, tem o condão de apresentar um retrato de como os precedentes são utilizados nos julgamentos. Como recorte metodológico foi solicitado ao STJ³⁰⁸ que fossem fornecidos os cinco³⁰⁹ julgados mais recentes, em matéria penal e processual penal, dos ministros integrantes da Corte Especial

³⁰⁸ Secretaria de Jurisprudência ó Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência ó STJ.

³⁰⁹ Em alguns casos o ministro foi recém empossado na Corte Especial e, por isso, não possuía cinco julgados em matéria penal e processual penal.

e da Terceira Seção, únicos com competência para julgar direitos penal e processual penal. Em abril de 2018, a pesquisa³¹⁰ foi entregue.

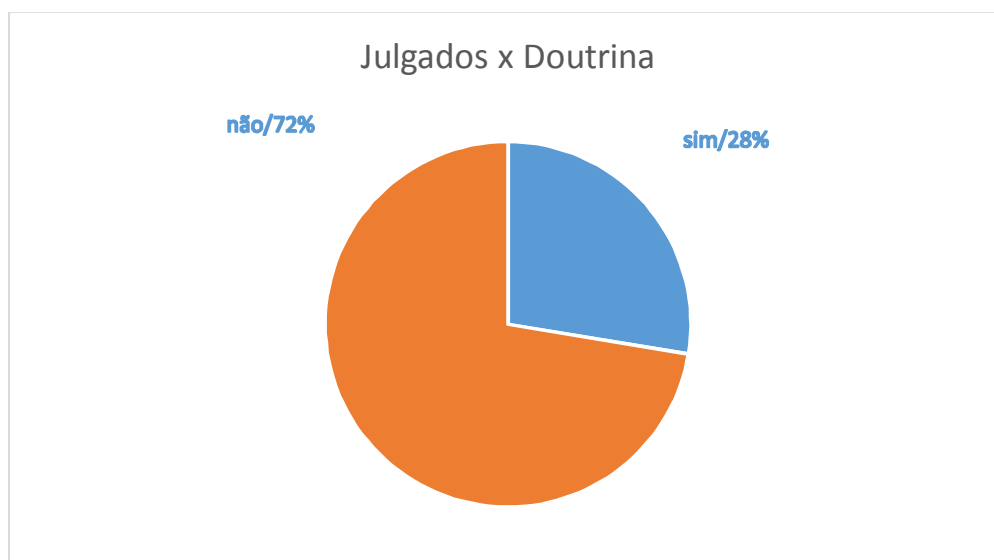
A análise da pesquisa será realizada em duas partes, primeiro a Corte Especial e posteriormente a Terceira Seção, bem como serão apontados qual o percentual de julgados que utilizam a literatura especializada e precedentes como razões de decidir.

9.3.1 Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça

Foram analisados os julgados mais recentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ)³¹¹, de direitos penal e processual penal.

Analisou-se os julgados de acordo com a listagem de ministros apresentada pela secretaria de jurisprudência do STJ, num total de 58 julgados. A pesquisa revela que há uma utilização tímida (28% dos votos), pelos ministros da Corte Especial do STJ, da literatura especializada em direitos penal e processual penal como fundamento e razão de decidir, conforme pode ser constatado no seguinte gráfico:

Gráfico 11: Utilização dos julgados *versus* doutrina



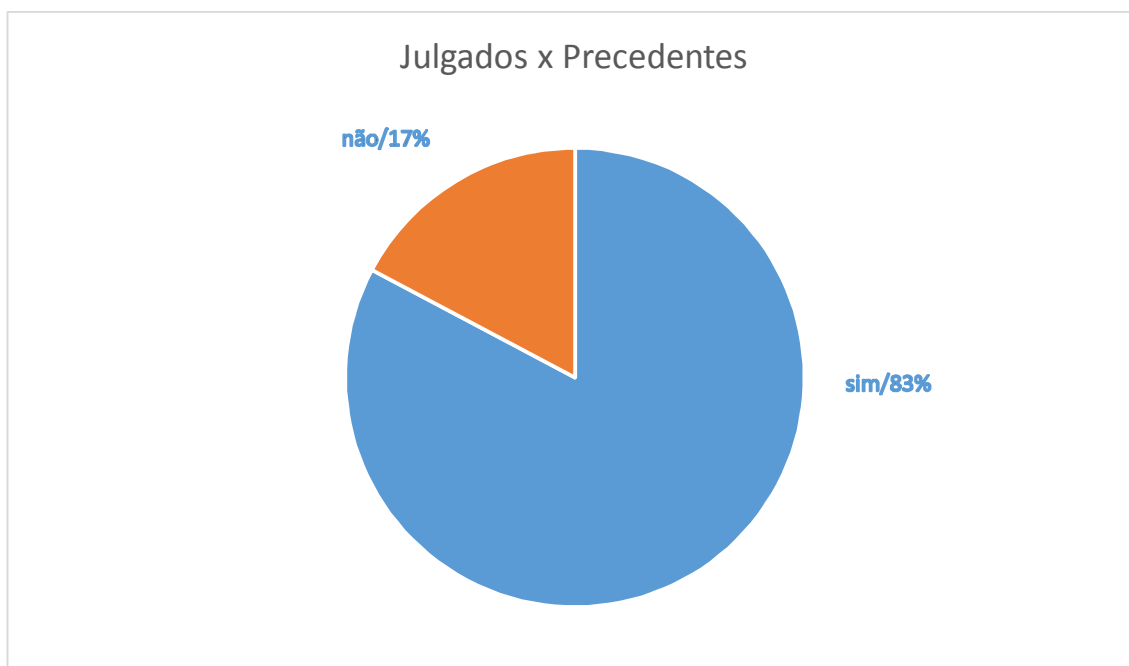
Fonte: o autor.

³¹⁰ Arquivo em PDF com 3.086 páginas.

³¹¹ Ministra Laurita Vaz (Presidente), Ministro Humberto Martins (Vice-Presidente), Ministro Felix Fischer, Ministro Francisco Falcão, Ministra Nancy Andriahi, Ministro João Otávio de Noronha, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Ministro Herman Benjamim, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Ministro Jorge Mussi, Ministro Og Fernandes, Ministro Luis Felipe Salomão, Ministro Mauro Campbell, Ministro Benedito Gonçalves e Ministro Raul Araújo.

De outro lado, analisando os dados colhidos, constata-se uma inclinação (83% dos votos) dos ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos, conforme o seguinte gráfico.

Gráfico 12: Relação de julgados *versus* precedentes



Fonte: o autor.

Assim, em uma análise completa da Corte Especial do STJ (doutrina - 28% dos votos x precedentes - 83% dos votos), há uma tendência majoritária dos ministros da Corte Especial do STJ em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos, mas pequena em relação à doutrina especializada sobre o tema penal e processual penal.

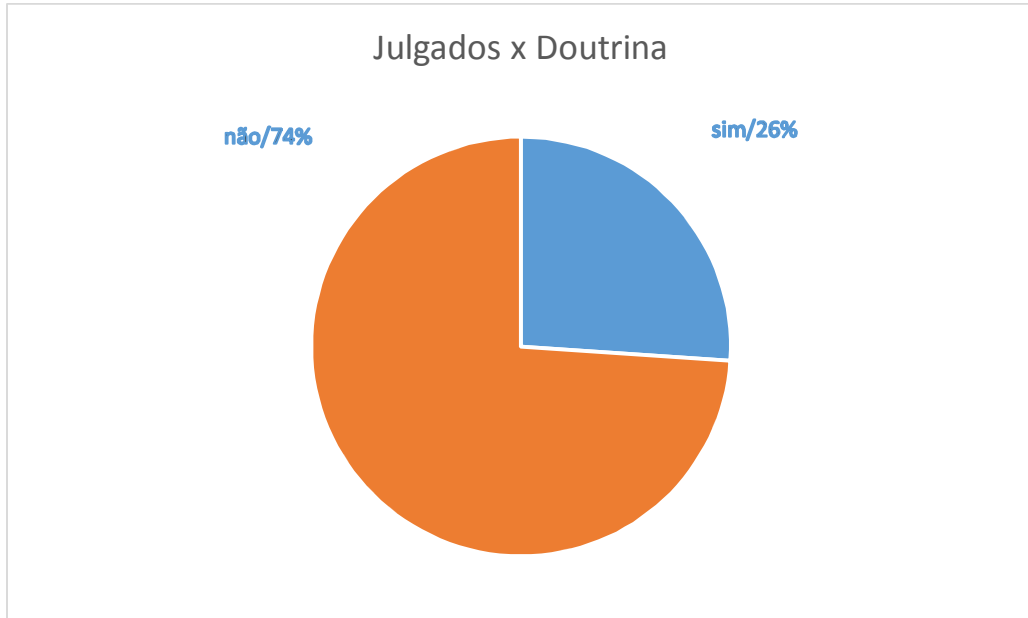
9.3.2 Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça

Foram analisados, os cinco julgados mais recentes da terceira seção³¹² de direito penal e processual penal do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Os julgados foram analisados de acordo com a listagem de ministros apresentada pela secretaria de jurisprudência do STJ. Foram analisados, no total, 46 julgados. A pesquisa indica que há uma utilização tímida (26% dos

³¹² Ministro Felix Fischer, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Ministro Jorge Mussi, Ministro Sebastião Reis Júnior, Ministro Rogério Shietti Cruz, Ministro Nefi Cordeiro, Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Ministro Ribeiro Dantas, Ministro Antonio Saldanha Palheiro e Ministro Joel Ilan Paciornik.

votos), pelos ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, da doutrina penal e processual penal como fundamento e razão de decidir, conforme o seguinte gráfico:

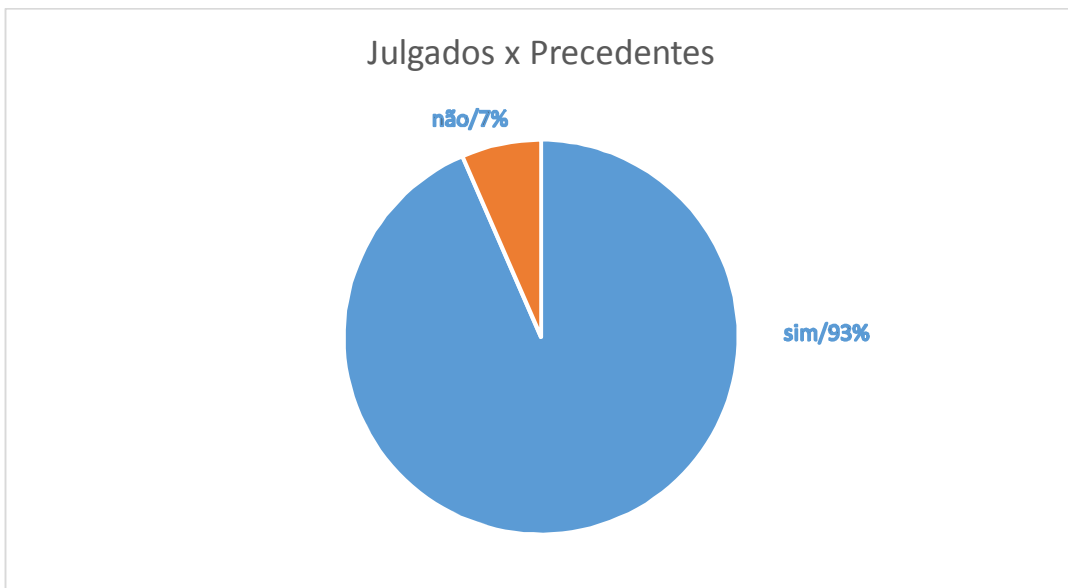
Gráfico 13: Relação de julgados *versus* doutrina



Fonte: o autor.

Por outro lado, dos dados levantados na pesquisa, constata-se uma inclinação (93% dos votos) dos ministros da Terceira Seção do STJ em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos. Como pode ser constatado no seguinte gráfico.

Gráfico 14: Relação de julgados *versus* precedentes



Fonte: o autor.

Assim, em uma análise completa da Terceira Seção do STJ (doutrina - 26% dos votos x precedentes - 93% dos votos), há uma tendência majoritária dos ministros da Corte Especial do STJ em utilizar-se de precedentes como fonte para fundamentar seus votos, mas pequena em relação à doutrina especializada sobre o tema penal e processual penal.

9.4 Considerações parciais

O STJ tem papel central na teoria dos precedentes, pois é um órgão com a missão constitucional de pacificar as divergências sobre a interpretação da lei e, assim, conferir segurança jurídica e igualdade ao sistema brasileiro. De forma empírica foi possível constatar como os magistrados da Corte de Precedentes decidem. Para tanto foi apresentado o resultado do questionário respondido pelos ministros da Corte Especial e da Terceira Seção que julgam direitos penal e processual penal.

A pesquisa realizada, com a apresentação do questionário, revela que há uma evolução em andamento, pois os ministros do STJ estão aplicando a teoria dos precedentes nos julgamentos. Foram analisados, também, no intuito de comprovar o descortinado pelo questionário, julgados da Corte Especial e da Terceira Seção do STJ, pois apresentaram uma resposta abstrata ao questionário e, então, notou-se a necessidade de analisar como, no caso concreto, os magistrados da Corte de Precedentes atuam na espécie.

Na análise dos dados levantados, a pesquisa pelo questionário resta confirmada pela análise das decisões e, assim, pode-se concluir que no STJ há uma tendência de seguir os precedentes tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da própria corte. Em uma comparação das citações de doutrina e julgados, como razão de decidir, os dados indicam que o precedente é utilizado em larga escala (Terceira Seção 93%; Corte Especial 83%), enquanto a doutrina é pouco utilizada (Terceira Seção 26%; Corte Especial 28%).

Dessa forma, pode-se concluir que o STJ está aplicando a teoria dos precedentes nos direitos penal e processual penal e que, conforme inquietação apresentada no princípio, pode-se afirmar que o STJ, enquanto Corte de Precedentes, respeita os precedentes horizontais e verticais, bem como produz precedentes para a uniformização do direito e, por conseguinte, traz maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico.

10. A ESTABILIZAÇÃO DOS DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL PELA TEORIA DOS PRECEDENTES

Analisada a literatura especializada sobre a teoria dos direitos penal e processual penal e da teoria dos precedentes com uma incursão no direito brasileiro, resta abordar como pode ocorrer a estabilização dos direitos penal e processual penal a partir da vinculação dos precedentes pelas cortes e juízes brasileiros. Assim, como ponto para investigação surge a indagação: A teoria dos precedentes apresenta instrumentos indispensáveis para estabelecer segurança jurídica nos direitos penal e processual penal? A hipótese para o problema é no sentido de que os tribunais brasileiros se utilizando da jurisprudência evoluíram para a técnica de utilização dos precedentes quando analisam e decidem os casos que lhe são apresentados e, assim, juntamente com o princípio da legalidade trazem maior segurança jurídica aos direitos penal e processual penal brasileiro.

Chega-se ao tema do presente capítulo após os estudos dos precedentes, dos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, inclusive no que diz respeito a existência dos sistemas mistos de jurisdição. A evolução do sistema jurídico brasileiro também foi analisada e revelou que de juiz como a *boca da lei*, o juiz passou a complementar o direito com os métodos da hermenêutica, em especial, a interpretação evolutiva com um direito jurisprudencial e, por fim, se aproximar do juiz da teoria dos precedentes vinculativos. Neste contexto, a adoção dos *Reports* pelos tribunais brasileiros sinaliza a introdução da teoria dos precedentes, o que também se constata nos direitos penal e processual penal brasileiro, pois as recentes reformas processuais introduziram no Brasil vários instrumentos de vinculação ao precedente. Tais instrumentos aumentam a valorização da segurança jurídica em um sistema jurídico, já que a teoria dos precedentes pode propiciar maior previsibilidade e estabilidade.

Assim, sob a ótica do poder judiciário, pode-se afirmar que a teoria dos precedentes pode alterar o panorama direitos penal e processual penal brasileiro, mas sem exercer ativismo judicial³¹³ pela via do precedente judicial, ou seja, não se pode criar tipos penais, ainda que diante da omissão do Poder Legislativo. E assim é porque no direito brasileiro, diante da teoria constitucional e do sistema de freios e contrapesos, os poderes legitimados detêm suas funções

³¹³ O ativismo judicial significa a atribuição constitucional que possui o Poder Judiciário de viabilizar o exercício de direitos constitucionalmente assegurados, mas que estejam sendo inviabilizados por injustificadas omissões institucionais normativas ou governamentais do Poder Legislativo ou do Poder Executivo (ALVES JR, 2015, p. 20).

e, assim, ãa criaçãõ do Direito, a sua respectiva execuçãõ ou aplicaçãõ, bem como o julgamento acerca dos conflitos normativos jurídicossõ devem ser desempenhados de acordo com as atribuições de cada poder. Deve-se lembrar a regra básica de que no direito brasileiro ãninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senãõ em virtude de leiõ, conforme preceitua o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, ou seja, a lei, ãõ comando normativo oriundo do Poder Legislativoõ é que cria o tipo penal e, só assim, atende-se o princípio da estrita legalidade (ALVES JR, 2015, p. 18 e 25-30).

No entanto, mesmo o direito penal tendo seu sustentáculõ no princípio da legalidade, o tipo penal advindo do devido processo legislativo não é imutável. Sabe-se que com o passar do tempo o tipo penal sofre mutações sem ser alterado em sua literalidade, mas em seu sentido e alcance. Tais alterações fazem com que a literalidade do texto normativo se adapte ao mundo em evoluçãõ, contribuindo para a formaçãõ da jurisprudência histórica. O que é preocupante é a ãcoexistência de duas ou mais formas de interpretaçãõ do mesmo dispositivo legalõ, pois fica nítida a impressãõ, ãõ imagem de indecisãõõ, a aparência de que o sistema de justiça não é capaz de ãchegar a um acordo sobre determinado problemaõ (GOMES, 2008, p. 77-78).

Tal assertiva já foi comprovada empiricamente, pois em uma pesquisa realizada sobre o conteúdo de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, notou-se falta de coerência, podendo-se afirmar que ãnão é admissível que chamem coisas diferentes pelo mesmo nome, especialmente em um contexto no qual estãõ em jogo a vida, a liberdade e outras importantes dimensões da existência humanaõ (FREITAS FILHO, 2009, p. 318). Nos direitos penal e processual penal tais divergências sãõ graves, pois há o risco a bens jurídicõs importantes, já que surgem dúvidas sobre a licitude ou não de condutas que pode acarretar prejuízo a um dos bens mais preciosos do cidadãõ, qual seja, a liberdade de locomoçãõ. Sobre o tema, constata-se que no direito brasileiro, bem como em sistemas que adotam a codificaçãõ, ãembora o comum seja as decisões judiciais não terem autoridade vinculante, observa-se que a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisãõ e, portanto, a segurança jurídicãõ (GOMES, 2008, p. 78).

Há, portanto, uma evoluçãõ em andamento, pois o direito se desenvolve de acordo com a interpretaçãõ da lei, do direito jurisprudencial e do desenvolvimento da teoria dos precedentes, mas não se pode esquecer que em algumas áreas, como o direito penal e tributário, a reserva legal impera. Não se quer dizer que não é possível aplicar a teoria do precedente aos direitos penal e processual penal, mas que não é ampla como pode ser em outras áreas, como por

exemplo, no direito de família. Assim, para preservar a segurança jurídica nos direitos penal e processual penal, a interpretação, a jurisprudência e os precedentes devem partir do princípio da legalidade, pois só assim ter-se-á a previsibilidade do direito que o jurisdicionado tanto anseia.

É certo que teoria sem prática é um verbalismo, bem como prática sem teoria é um ativismo (FREIRE, 1987, p. 38), o que não se deseja para um sistema jurídico, razão pela qual realizou-se uma pesquisa de como julgam os magistrados do Superior Tribunal de Justiça, onde se constatou que há uma tendência de estipular teses jurídicas para garantir a segurança jurídica ao sistema jurídico brasileiro. Para completar as pesquisas realizadas, opta-se agora em apresentar uma análise de casos concretos julgados pelo Poder Judiciário, iniciando-se por julgados do Supremo Tribunal Federal (corte constitucional) e com julgados do Superior Tribunal de Justiça (corte de precedentes). Para tanto, a análise de julgados tem caráter de tecer críticas sob uma perspectiva jurídica. Busca-se, com efeito, entender e contextualizar o julgado e, eventualmente, criticá-lo com a pretensão de contribuir para o desenvolvimento do direito.

No estudo do julgado deve-se abordar, ao menos, o problema do caso, qual o raciocínio que foi utilizado e, ao final, quais foram as conclusões. O problema é, sem dúvidas, a questão de direito em discussão. No raciocínio podemos encontrar quais técnicas da hermenêutica foram utilizados e, na conclusão, se foi seguida a jurisprudência e os precedentes, ou se houve alteração de entendimentos. A técnica utilizada foi a de fichar os julgados e após realizar comentários, nos quais são analisadas questões que mantenham fio condutor com o tema da tese, sem, contudo, adentrar sobre o cerne da matéria de fato ou jurídica do julgamento analisado (MONEBHURRUN, 2015, p. 85-96).

Sobre os julgados analisados, no decorrer da presente pesquisa o Supremo Tribunal Federal julgou um caso que coloca em foco muitas das questões analisadas anteriormente, razão pela qual inicia-se pela análise da questão da criminalização da homofobia. Os demais casos analisados são do cotidiano do direito penal brasileiro, como a aplicação do princípio da consunção, a consumação do crime de roubo, a coexistência de causa privilegiadora com uma qualificadora no crime de furto, a análise da aplicação da pena abaixo do mínimo previsto abstratamente pelo legislador brasileiro e o caso da interpretação da capacidade da vítima para a configuração do crime de estupro vulnerável. No processo penal também se optou por casos comuns, tais como os efeitos do descumprimento da transação penal, bem como quais seriam os efeitos da sentença homologatória de transação penal. Ainda no processo penal, analisou-se

a celeuma da natureza da ação penal em casos da prática de crime de lesão corporal envolvendo violência doméstica contra a mulher.

10.1 Julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal³¹⁴ (STF) é a corte constitucional brasileira e, com a magna carta de 1988, se ampliou significativamente a competência (MENDES; BRANCO, 2015, p. 980). Cabe ao seu plenário, nos termos de seu Regimento Interno, julgar as representações por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual³¹⁵, ou seja, as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade³¹⁶, de Arguição de Descumprimento de Preceito

³¹⁴ Artigo 102 da Constituição Federal - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro; i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados; l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; II - julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político; III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

³¹⁵ Artigo 5º, VII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³¹⁶ Artigo 102, I, inciso, da Constituição Federal de 1988.

Fundamental³¹⁷, Declaratória de Constitucionalidade³¹⁸ e a ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão³¹⁹, bem como as arguições de inconstitucionalidade nos demais processos³²⁰, como por exemplo na hipótese do ministro relator considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo plenário da corte³²¹ ou quando propuser reexame de questão constitucional³²². Cabe ainda deliberar sobre inclusão, alteração e cancelamento de súmulas da corte³²³ (BRASIL, STF, Regimento, 2018).

Assim, cristalino que o STF, em sede de procedimento concentrado ou em sede de edição de súmulas, decide de forma vinculante o entendimento interpretativo constitucional sobre o tema posto. Destarte, analisa-se abaixo casos nos quais a corte suprema foi chamada a decidir para pôr fim a divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre a interpretação e aplicação de normas frente à constituição.

10.1.1 A criminalização da homofobia ó Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e Mandado de Injunção n. 4.733 ó Supremo Tribunal Federal

Inicia-se com a análise de dois casos que desafiam a literatura penal e processual penal clássica e atual. Recentemente³²⁴ o Supremo Tribunal Federal (STF) foi acionado para definir qual o alcance dos tipos penais previstos na lei que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor³²⁵. A intenção, em analisar os casos, é apontar as inúmeras possibilidades que se pode dar ao tipo penal, o que pode gerar insegurança jurídica. Duas demandas foram propostas perante o STF: uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e um Mandado de Injunção (MI).

A ADO foi proposta pelo Partido Popular Socialista, em 19 de dezembro de 2013, e foi distribuído ao Ministro Celso de Mello que determinou o processamento do pleito. Com o

³¹⁷ Artigo 102, §1º, da Constituição Federal de 1988.

³¹⁸ Artigo 102, §2º, da Constituição Federal de 1988.

³¹⁹ Artigo 103, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

³²⁰ Artigo 6º, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³²¹ Artigo 11, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³²² Artigo 11, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³²³ Artigo 7º, VII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³²⁴ As demandas são antigas (ADO n. 26 protocolada em 19-12-2013 e MI n. 4733 protocolado em 10-05-2016), mas somente no primeiro semestre do ano de 2019 que o mérito foi julgado. Os votos do julgamento ainda não foram publicados oficialmente, ouseja, alguns votos que são analisados não estão disponíveis no site oficial do Supremo Tribunal Federal. Os votos que tivemos acesso estão disponíveis para acesso público no site de publicações jurídicas *CONJUR*. Os votos que não foram disponibilizados em meio escrito estão disponíveis em vídeo no site do *YouTube*.

³²⁵ Lei n. 7.716/1989.

parecer favorável em parte pela Procuradoria Geral da República, o relatório foi apresentado em 7 de dezembro de 2018, pautado e o julgamento iniciou-se em 13 de fevereiro de 2019 com os relatórios dos ministros relatores. Suspenso, o julgamento reiniciou em 21 de fevereiro de 2019 e após quatro votos o julgamento foi novamente suspenso. Em 23 de maio o julgamento foi reiniciado com mais votos. Finalmente, em 13 de junho de 2019, o julgamento encerrou-se com a maioria formada para criminalizar a homofobia.

Dos autos da ADO se extrai que os pedidos podem ser sintetizados no reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima e, cumulativamente, uma vez reconhecida a mora, que o Supremo Tribunal Federal fixe um prazo razoável para a elaboração da referida legislação criminalizadora, sugerindo-se aqui o prazo máximo de um ano, bem como que se aplique a corrente concretista geral do mandado de injunção e supere a exigência de legalidade estrita parlamentar para que o STF efetive a criminalização específica da homofobia e da transfobia.

Já no Mandado de Injunção (MI), foi proposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), em 10 de maio de 2012, e distribuído ao Ministro Ricardo Lewandowski que determinou o processamento do pleito. Em 23 de outubro de 2013, adveio decisão que, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral da República pela manifesta inviabilidade da via injuncional no caso ora em exame, não conheceu do MI. Interposto o agravo regimental foi o mesmo julgado prejudicado, pois, substituído o relator e passando para a relatoria do Ministro Edson Fachin, referido ministro reconsiderou a decisão anterior e reconheceu o cabimento do MI e a marcha processual foi retomada. Processado o pedido, com a manifestação favorável em parte da Procuradoria Geral da República, o caso foi relatado em 13 de novembro de 2018, pautado e o julgamento, em conjunto com a ADO mencionada acima, iniciou-se em 13 de fevereiro de 2019 e, em 21 de fevereiro de 2019, após quatro votos, o julgamento foi suspenso.

Os pedidos que constam do MI, em síntese, são pelo reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em não criminalizar a homofobia e a transfobia e, que, reconhecida a mora, o Congresso legisle em prazo razoável. Cumulativamente a associação requerente pleiteia que o STF supere a exigência de lei formal em sentido estrito e, para fins

de dar cumprimento à ordem constitucional de criminalizar a homofobia e a transfobia mediante referida punição criminal.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial da ADO e do mérito, pela procedência do pleito. O parecer ministerial foi assim ementado:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

1. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui natureza eminentemente objetiva, sendo inadmissível pedido de condenação do Estado em indenizar vítimas de homofobia e transfobia, em virtude de descumprimento do dever de legislar.
2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia in malam partem.
3. O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.
4. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5º, XLI e XLII, da CR. Fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão legislativa.
5. Existência de projetos de lei em curso no Congresso Nacional não afasta configuração de mora legislativa, ante período excessivamente longo de tramitação, a frustrar a força normativa da Constituição e a consubstanciar inércia deliberandi.
6. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional.
7. Parecer pelo conhecimento parcial da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, no mérito, pela procedência do pedido na parte conhecida.

A Advocacia-Geral da União também se manifestou nos autos no sentido de que os pleitos fossem julgados improcedentes diante da inexistência de omissão inconstitucional, quanto à ausência de criminalização da homofobia e transfobia. Confira-se um fragmento da manifestação da Advocacia-Geral da União:

[...] no caso dos autos, entretanto, não existe qualquer comando constitucional expresso que exija tipificação criminal específica para a homofobia e transfobia. Não há que se falar, portanto, em obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público; desse modo, ainda que, em tese, a criminalização possa ser tida como legítima, ela não é obrigatória. Daí se infere que o requerente não pretende assegurar o exercício de um direito previsto na Constituição, mas objetiva, em verdade, um regramento específico, uma tipicidade especial para condutas de homofobia e transfobia. Ocorre que os direitos garantidos pela Constituição Federal referem-se apenas à necessidade de punição de todas as formas de discriminação e racismo (fim) e não à legislação específica de um tipo especial de conduta (meio) [...]

Várias entidades, contra e a favor dos pleitos, adentraram aos autos para atuarem como *Amici Curiae*³²⁶. Pautado o feito a julgamento, o primeiro ministro a votar no caso foi o Ministro Celso de Mello. O ministro inicia o voto apresentando que está ciente de que será objeto de ataques por parte daqueles que possuem õmentes sombriasõ e que õignoram o sentido democrático da alteridade e do pluralismo de ideiasõ. No entanto, pontua que é função do STF õfazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da Repúblicaõ.

Em síntese, o ministro relata que a controvérsia jurídica consiste na omissão do Congresso Nacional, pois há legislação punindo a prática de discriminação racial, mas que tal atuação legislativa seria incompleta nos termos que são impostos no õtexto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF, art. 5º, XLII)õ. Os pedidos, segundo o ministro, são sintetizados nos seguintes termos:

Busca-se, desse modo, neste processo de fiscalização normativa abstrata, o reconhecimento formal, por esta Suprema Corte, da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, determinando-se, em consequência, a cientificação do Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF, art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo-se prazo razoável para esse fim.

Postula-se, ainda, em caráter subsidiário, a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo-se interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, em ordem a explicitar, em harmonia com o que dispõe a Constituição (CF, art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

Caso não prevaleça esse entendimento, requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio segundo o qual õnullum crimen, nulla poena sine praevia legeõ.

Pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado.

³²⁶ Grupo Gay da Bahia õ GGB; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis d Transexuais õ ABGLT; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual õ GADVS; Associação Nacional de Juristas Evangélicos õ ANAJURE; Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida; Grupo Dignidade õ Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas õ COBIM; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado õ PSTU; Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional de Travestis e Transsexuais õ ANTRA, Defensoria Pública do Distrito Federal.

O ministro tece considerações sobre ideologia de gênero na doutrina nacional e de precedentes internacionais sobre o tema. Na sequência decide que não é possível postular em sede de ADO pedido de índole reparador (indenização por danos materiais e morais), pois para o ministro não há processo de fiscalização normativa abstrata, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela objetiva da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou de natureza concreta.

No que concerne ao pleito de que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQI+, o ministro afasta a pretensão sob o argumento de que a pretensão em referência é por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional e veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal. Para o ministro a criminalização de condutas está subordinada ao princípio constitucional da reserva legal absoluta, não podendo ser substituída pela utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal.

Em seguida apresenta um esboço histórico sobre o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que é dispensado aos homossexuais, inclusive apontando que, na legislação das Ordenações do Reino, havia sanções gravíssimas aos autores de práticas sexuais consideradas desviantes o que, segundo o ministro, são exemplos de nosso passado colonial e o registro de práticas sociais menos antigas revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País. Posteriormente o ministro aborda a temática dos atos lesivos que são praticados contra a comunidade LGBTQI+, frisando que têm atingido um nível preocupante, além de inaceitável, na escala de violência e de ódio, inclusive fazendo menção aos dados estatísticos³²⁷ que foram acostados aos autos.

³²⁷ a) aumento de 30%, em 2017 em relação ao ano anterior, dos homicídios contra o grupo LGBTQI+, atingindo o número de 445 mortes no período; b) 56% dos assassinatos ocorrem em via pública; c) das 445 vítimas referidas, 194 (43,6%) eram gays, 191 (42,9%) trans, 43 (9,7%) lésbicas, 5 (1,1%) bissexuais e 12 (2,7%) heterossexuais, estes incluídos porque foram mortos em circunstâncias que revelam condutas homofóbicas dos agressores, v.g. em defesa de gays amigos/parentes; d) o número de transgêneros mortos entre 2016 e 2017 demonstra que o Brasil é o primeiro colocado no ranking mundial, tal como referido pelo Relatório Mundial da Transgender Europe, organização que registra dados relacionados ao tema; e) jovens que são rejeitados por sua família têm alto índice de tentativa de suicídio (8,4 vezes mais); f) foram registrados, até outubro, no ano de 2018, 347 homicídios de pessoas LGBTQI+ no país (p. 37-38).

Quanto a ADO, o ministro assevera que só é possível postular em sede de mencionada ação objetiva perante o STF quando o direito à legislação seja uma obrigação imposta pelo texto constitucional e, no caso, o artigo 5º, XLI³²⁸, da Constituição Federal estipula tal dever, ou seja, segundo o ministro, há o inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional.

Mais à frente o ministro abre uma discussão sobre a omissão do Estado em legislar sobre atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima. Afirma o ministro que, passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, não houve por parte do Congresso Nacional a efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição e, assim, não acolhe o argumento de que a existência de proposições legislativas (Projetos de Lei) afasta a hipótese de mora do Poder Legislativo nacional, pois restou comprovado, segundo o ministro, um quadro permanente de indefinição e conclui que existe, na espécie, de situação de evidente e inconstitucional inércia estatal inteiramente imputável ao Congresso Nacional.

Reconhecida a mora do Poder Legislativo, no caso dos autos, o ministro aborda a questão intrincada das soluções possíveis para sanar a inércia estatal em fazer cumprir o mandamento constitucional. Inicia a abordagem afirmando que há, sim, um mandamento constitucional expresso de criminalizar, de acordo com os bens e valores envolvidos, ou seja, direitos fundamentais que devem ser protegidos nos aspectos de um dever de proibição, no dever de segurança e no dever de evitar riscos e, com isso, evitar a proteção deficiente ao mencionado direito fundamental.

Surge, então, para o ministro, a situação das possibilidades a adotar diante da mora. Sobre o tema, o ministro lista as seguintes possibilidades. Confira-se:

(a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CF, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/99, art. 12-H, *caput*); ou, então,

(b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/89, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT.

³²⁸ A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Sobre a primeira hipótese, o ministro afasta como resultado suficiente a atender o mandado constitucional de proteção aos bens e valores envolvidos sob o argumento de que ão mero apelo ao legislador, no entanto, nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover. Assim, segundo o ministro, diante da inércia do Poder Legislativo, ainda que existe decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que deve vir ao mundo uma legislação para fazer valer um direito previsto na Magna Carta, o Supremo Tribunal Federal evoluiu e passou a aplicar e adotar posição que garante o direito vindicado, como ocorreu no caso julgado referente ao Direito de Greve³²⁹.

Destarte, o ministro passou a analisar o pleito indicado na letra (b) acima. Para o ministro, assiste razão ao Procurador-Geral da República que manifestou por ãconferir-se interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT.

Enfatizou o ministro que não se trata de analogia *in malam parte*, pois, como o STF já julgou anteriormente³³⁰, trata-se de conferir interpretação conforme a constituição da Lei n.º 7.716/89, ou seja, ãque o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo ó para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei n.º 7.716/89 ó não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Procedendo assim, segundo o ministro, o STF não afronta a reserva legal, não cria tipos incriminadores, mas atua em sua função ãtécnica de decisão e de controle de

³²⁹ No caso que referido, esta Corte, reconhecendo a ausência da legislação indispensável à prática do direito de greve autorizada aos servidores civis pelo art. 37, VII, da Constituição, determinou a aplicação do diploma legislativo que regula o exercício desse mesmo direito no âmbito do setor privado, em ordem a viabilizar, ãcomo alternativa legítima, a proteção judicial efetiva requerida ao Supremo Tribunal Federal (MI 670/ES, Red. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES ó MI 708/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES ó MI 712/PA, Rel. Min. EROS GRAU) (p. 68).

³³⁰ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 82.424/RS.

constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte. Neste sentido o ministro conclui:

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.

Encerrando, o voto do Ministro Celso de Mello, lançado na ADO, tem como desfecho o seguinte:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

(b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

(c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, ôcaputô, da Lei nº 9.868/99;

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea ôdô somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento.

O segundo voto apresentado foi da lavra do Ministro Edson Fachin. O ministro inicia o voto apontando premissas, uma base constitucional, doutrinária, em precedentes e as conclusões a que chegou. No início do voto, o ministro admite o MI impetrado, afastando as preliminares arguidas, afirmando que ôa Associação impetrante detém legitimidade, a omissão imputada é do Congresso Nacional e há direito subjetivo à legislação, requisitos que, segundo a jurisprudência dessa Corte, autorizam o conhecimento do writô. Reafirma na sequência que é dever do Estado (conforme artigo 5º, XLI³³¹, da Constituição Federal) punir qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais.

³³¹ A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Sobre a impugnação de que não há mora constitucional, o ministro acentua que o fato de que tramitam no Congresso Nacional projetos de lei sobre a matéria não serve para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional, mormente pelo fato de que o quadro de violações aos direitos fundamentais restou comprovado nos autos.

Em seguida o ministro adianta que o mérito do pedido deve ser julgado procedente, pois existe a mora do Congresso Nacional em criminalizar a discriminação homofóbica e transfóbica. Afirma também que a omissão reconhecida comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação. Na sequência o ministro aborda a questão de como será suprida a omissão, ventilando a hipótese de que nos termos do art. 8º da Lei n.º 13.300, o reconhecimento da mora legislativa impõe o deferimento do mandado de injunção para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, no entanto, registra que o STF evoluiu no sentido de que se reconhecer ser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo.

O ministro apresenta fundamentos de que não é possível tolerar o atentado aos direitos fundamentais, pois para ele nada é mais atentatório à Justiça do que tratar a dignidade das pessoas de forma diferente e, assim, afirma que a decisão proferida em MI não fique somente na seara da comunicação ao Congresso Nacional, ainda que envolva matéria penal. Por fim, o ministro julga procedente o Mandado de Injunção.

As conclusões do voto no MI foram:

1. O presente voto, ao dispor dos eminentes pares e das partes na íntegra, expressa fundamentação nos termos do inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil, e se contém em aproximadamente 27 páginas. A síntese e a conclusão podem ser apresentadas, sem prejuízo da explicitação no voto contida, à luz do procedimento que se fundamenta nos termos do insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em cuja abrangência se insere a celeridade de julgamento, mediante sucinta formulação que tem em conta as seguintes premissas e arremate:

1.1. Premissas

Primeira: É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

Segunda: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

Terceira: À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de

criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Quarta: A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Quinta: A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

1.2. Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB); a garantia constitucional do mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB); e o mandado constitucional de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito à igualdade (art. 24 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos); a proibição contra a discriminação (art. 4º da Convenção para Eliminação da Discriminação Racial e art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

1.3. Base doutrinária. O voto se assenta no pensamento dos diversos autores nele citados; mencionam-se aqui especialmente os seguintes João Francisco da Fonseca em *o* Processo do Mandado de Injunção; Luiz Carlos dos Santos Gonçalves em *o* Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988; André de Carvalho Ramos em *o* Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos; Luís Roberto Barroso em *o* A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo; e Daniel Sarmiento em *o* Dignidade da Pessoa Humana.

1.4. Base em precedentes. o voto se estriba em precedentes que formam jurisprudência deste Tribunal, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de outras organizações internacionais de proteção da pessoa humana; especificamente citam-se os seguintes: o MI 642, Rel. Min. Celso de Mello; o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; o Relatório do Relator Especial para a Proteção contra a Violência e Discriminação Baseada na Orientação Sexual e Identidade de Gênero; a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos; a ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto; ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso; ADI 4.275, Red. para o acórdão Min. Edson Fachin; o caso Toonen v. Austrália do Comitê de Direitos Humanos; o caso Mohammed Gelle v. Dinamarca do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; MI 670, Red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes; HC 82.424, Rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa.

1.5. Conclusão do voto: julgo procedente o presente mandado de injunção, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O terceiro voto proferido, nos casos em julgamento conjunto, foi do Ministro Alexandre de Moraes, o qual inicia a abordagem quanto ao cabimento da ADO e, com fundamento em precedentes do STF, não conhece *o*do pedido de responsabilização civil do Estado, pois, em sede de jurisdição constitucional concentrada, essa formulação, a partir da análise de pedidos

condenatórios por danos morais e materiais derivados de situações individuais e específicas, é inviável, por afastar-se da tutela objetiva da ordem constitucional.

Em seguida é abordada a questão do estado e mora constitucional. Afirma o ministro que a prática homofóbica e transfóbica representa inaceitável, gravíssima e odiosa discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que há demonstração clara nos autos da existência de significativa omissão constitucional do Poder Legislativo, em efetivar a devida proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais de toda a comunidade LGBTQI+ e, assim, reconhece a omissão do Senado Federal em não editar lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional.

Na sequência o ministro adentra nos efeitos que a declaração pode ostentar diante da complexidade para colmatação do estado de mora constitucional e, neste ponto, conclui que o STF deve cientificar o Congresso Nacional, mas deve afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas preconceituosas contidas em condutas homofóbicas e transfóbicas. Afirmou ainda o ministro que não pode o STF criar novo tipo penal, pois tal tarefa demanda reserva legal nos termos do artigo 5º, XXXIX³³², da Constituição Federal, ou seja, há uma exigência de que exista lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*).

Diante de tal assertiva, a impossibilidade de criação de tipo penal, bem como da impossibilidade da utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções o ministro sinaliza que é possível que o STF atue em ilegítimo exercício hermenêutico, mormente pela via da interpretação conforme a Constituição, quando existe um espaço de decisão aberto a várias propostas interpretativas. Para o ministro, a finalidade maior dessa técnica é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados.

Nestes termos, o ministro analisa a possibilidade de interpretação da Lei n. 7.716/1989 afirmando que não há qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou

³³² Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero e, portanto, segundo o ministro:

[...] a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária [...]

O dispositivo final do voto é nos seguintes termos:

1) DECLARAR, nos termos do § 2º, do artigo 103 da Constituição Federal, a inconstitucionalidade por omissão do CONGRESSO NACIONAL, por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal, caracterizando-se, conseqüentemente, o estado de mora inconstitucional e determinando que seja cientificado para a colmatação do estado de mora constitucional.

2) VOTAR, para conceder interpretação conforme à Constituição, em face dos artigos 1º, III, 3º, I e IV; 5º, XLI, XLII e §1º, da Constituição Federal, à Lei nº 7.716/89, no sentido da integral aplicação de seus tipos penais às condutas homofóbicas e transfóbicas, até que seja editada a lei penal específica pelo Congresso Nacional.

Durante o voto proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Gilmar Mendes fez um aparte e esclareceu que há precedentes do STF em razão da fungibilidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e que tais ações se desenvolvem de maneira peculiar. Narrou o ministro que o STF também reconheceu a existência do Mandado de Injunção Coletivo diante da evolução que ocorreu no Mandado de Segurança. Afirmou também que tal instrumento constitucional tem caráter subjetivo, mas também pode ser reconhecido o caráter objetivo, citando um caso julgado anteriormente (Direito de Greve). Ao final do aparte, o Ministro Gilmar Mendes argumentou que o tema poderia ter sido veiculado por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou por Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou seja, seria uma das formas de abordar o tema, ou seja, interpretar a lei de racismo.

O quarto voto proferido, nos casos em comento, foi proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso. O ministro inicia o voto narrando que julgará a ADO e o MI em conjunto. Na sequência relata que o pedido é de que seja reconhecida a mora do congresso em criminalizar a homofobia, que seja fixado um prazo para que se criminalize a conduta e que seja aplicada desde logo a Lei de Racismo, criminalizando-se a conduta de homofobia e transfobia. O ministro afirma que é grande o número de casos de violência homofóbica e que tal recorte já dá ao Brasil a posição do País que registra o maior número de homicídios contra transgêneros no

mundo. Assim, o ministro argumenta que no julgamento não se está interpretando o direito em abstrato, mas diante de um contexto de uma determinada realidade social.

O ministro anuncia que o voto é curto narrando que o voto do Ministro Celso de Mello retratou os aspectos humanísticos e humanitários com maestria. Continua argumentando que, do ponto de vista teórico, a comunidade LGBT é um grupo vulnerável e que, neste cenário, o papel do Estado e do Direito é de intervir na defesa dos direitos fundamentais de tal minoria. Argumenta que está em questão não só o direito à liberdade sexual, mas o direito à integridade física e psíquica e, em muitas situações, o direito à vida.

Em seguida, diante do que foi tratado até então, o ministro argumenta que é neste ponto que se pensa em um diálogo respeitoso com o Congresso Nacional e com a Sociedade, à luz da teoria constitucional e democrática. Lembra o ministro que a criação primária das leis é do congresso e que isso não se discute. Mas que a interpretação constitucional é papel típico do STF no exercício de razão pública. Ventila que, na essência e como regra geral, a lei é ato de vontade e a interpretação constitucional é ato de razão, de se procurar descobrir a razão que deve presidir as situações postas na constituição.

Cita o ministro que o normal da vida é possível estabelecer com clareza a fronteira que separa a legislação da interpretação da Constituição, mas que muitas vezes a fronteira se torna menos nítida, menos clara, móvel. Enfatiza o ministro que a fronteira pode ser demarcada por boa teoria constitucional, por uma linha de dois planos diversos. O primeiro o congresso atua e produz uma lei e, assim, o STF deve ser deferente com as escolhas políticas e só deve invalidá-las quando não haja margem de dúvida razoável de que esta decisão política violou a Constituição. No outro plano, quando o congresso não atua e há mandamento constitucional para atuar, o papel do STF se amplia para fazer valer a Constituição. Assim é legítimo que o STF atue para fazer valer a constituição. Neste sentido, para o ministro a regra geral é de contenção do STF, deixando a maior margem de atuação do congresso, que representa o povo. Porém, segundo ele, quando está em jogo direitos fundamentais e as regras da democracia, a postura do Supremo deve ser mais proativa para proteger regras fundamentais e a democracia. E mais, enfatiza o ministro, deve proteger direitos fundamentais mesmo contra a maioria.

Em seguida o ministro afirma que há dois fatores no presente caso que oñalagam a fronteira na interpretação constitucional, quais sejam: (i) A omissão do Congresso Nacional em normatizar o tema; (ii) A existência de Direitos Fundamentais em jogo (liberdade, igualdade,

integridade e a própria vida de integrantes da comunidade LGBT ó um grupo vulnerável). Argumentou ainda que os tribunais constitucionais, como o STF, têm três grandes papéis: (1 ó Poder contra majoritário, como ocorre na declaração de invalidação de atos de outros poderes; 2 ó O papel representativo, de atender demandas da sociedade que não foram atendidos a tempo pelo processo político pelo poder majoritário; 3 ó O papel, mais complexo, exercido em momentos excepcionais, um papel iluminista, de empurrar a história, mesmo contra vontades majoritárias, como, por exemplo, quando a Suprema Corte dos EUA proibiu o racismo nas escolas mesmo sem a existência de lei, ou como em Israel que a Suprema Corte proibiu a tortura de terrorista, ou ainda como na África do Sul que houve a proibição da pena de morte mesmo havendo lei permitindo e, por fim, como ocorreu no Brasil, quando o STF reconheceu a existência da união homossexual equiparando-a à união estável diante da ausência de lei e diante da ausência de sentimento majoritário, bem como diante da existência de uma minoria que necessitava do direito fundamental).

Acentuou o ministro que não é a corte constitucional que é iluminista quando atua, mas a Constituição Federal que deve ser interpretada dessa forma, com uma razão humanista e civilizatória para avançar a história e a compreensão do que são direitos fundamentais. Argumentou o ministro que assim foi com escravos, negros, judeus, mulheres e vai ser assim ali na frente com os animais e hoje está sendo com a comunidade LGBT. Enfatizou que a história é um processo contínuo de superação de sensos comuns equivocados que se formam em algum momento.

Prossegue o ministro analisando a questão no plano jurídico, enaltecendo que tal ponto foi tratado com maestria nos votos que lhe antecederam. Afirma que o julgamento de tema como esse é algo impensável no passado, mas hoje em dia o debate na sociedade amadureceu e que há um consenso majoritário de que as pessoas não podem ser discriminadas. Continua afirmando que primeiro deve-se analisar se há uma omissão constitucional dessa matéria, ou seja, se há mandado constitucional de criminalização ao congresso para a criminalização da homofobia e, segundo, se a resposta for afirmativa, o que se deve fazer, qual a consequência dessa omissão?

Quanto ao primeiro ponto, o ministro relata que foi demonstrado de maneira que não precisa analisar a temática detidamente, ou seja, afirma que a omissão está caracterizada, conforme votos dos Ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Argumenta o ministro que o mandamento constitucional ao Congresso Nacional decorre de dois incisos do artigo 5º da Constituição Federal vigente que cuida dos Direitos Individuais.

Segundo o ministro, o primeiro mandamento está previsto no inciso XLI³³³ e, assim sendo, os fatos e os números anteriormente declarados deixam claro que a homofobia é atentatória aos direitos e as liberdades fundamentais. Sobre a punição, o ministro relata que a constituição é expressa que a lei punirá, mas não aponta, o legislador constituinte, qual seria a punição (administrativa, penal ou de outra natureza). Neste ponto o ministro afirma que a punição deve ser criminal por três fatores: 1º Pela relevância do bem jurídico que está sendo protegido que são bens jurídicos constitucionais, como a integridade física e psicológica e vida, e pela sistematicidade da violação a esses direitos como os números demonstram; 2º Como destacado pelo Ministro Alexandre de Moraes, outras discriminações são punidas pelo Direito Penal, inclusive, a discriminação de caráter religioso e, portanto, não punir a violação homofóbica com sanções penais seria hierarquizar o sofrimento, hierarquizar as violações de direitos fundamentais, o que não seria aceitável. Portanto, a criminalização se impõe para uma sistematização harmônica do sistema de uma maneira geral; 3º A punição administrativa não é suficiente, já que existe em diversos estados e isso não coibiu de maneira relevante as violências homofóbicas. Assim, deixar de criminalizar a conduta homofóbica seria típica hipótese de proteção deficiente de direitos fundamentais que o princípio da proporcionalidade em matéria penal não admite.

O segundo dispositivo constitucional que fundamenta a omissão constitucional, segundo o ministro, está previsto no inciso XLII³³⁴ do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil que trata da prática do racismo. Sobre tal ponto, o ministro relembra o caso que o STF julgou anteriormente³³⁵, no qual se decidiu que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo na verdade reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas.

Afirmou o ministro que, diante do conceito de raça encampado anteriormente pela ampla maioria do STF, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para

³³³ A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

³³⁴ A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

³³⁵ Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* n. 82.424, Paciente Siegfried Ellwanger.

abarcando a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a exemplo do que ocorre com a comunidade LGBT. Assim, afirmou o ministro que, de maneira inequívoca, há omissão constitucional pelo não cumprimento do mandamento constitucional em criminalizar a homofobia por ser uma forma de discriminação, por ser uma forma de racismo de acordo com a definição pré-existente adotada pelo STF.

Em seguida o ministro, após estabelecer a premissa de que há a omissão do Congresso Nacional, indaga sobre o que se pode fazer, apontando as seguintes balizas: 1.º Fixar prazo para o Congresso Nacional atuar e aguardar-se a edição de lei; 2.º Determinar desde logo, como formulado no pedido inicial, a incidência da lei que disciplina o racismo. Prossegue o ministro afirmando que no normal das circunstâncias fixaria um prazo ao Congresso Nacional prevendo uma consequência em caso de mora. Porém, no caso em julgamento, segundo o ministro, é um caso típico de que o processo majoritário não propicia fazer valer o comando constitucional, inclusive o Senado e a Câmara dos Deputados notificaram aos autos que a quantidade de projetos que tentaram regular o assunto foram infrutíferas, inclusive há informações de que o tema é objeto do projeto do novo Código Penal que há tempos está no Congresso Nacional sem data para ser votado.

Por essa razão, segundo o ministro, não prosseguimento dos projetos apresentados ao Congresso Nacional, acolhe a manifestação da Procuradoria-Geral da República com os acréscimos dos argumentos lançados no voto do Ministro Celso de Mello e procede interpretação conforme à constituição ao conceito de raça tratados nos diversos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 para neles enquadrar igualmente a homofobia e a transfobia até que sobrevenha, se o Congresso Nacional entender que é o caso, uma legislação autônoma tratando da matéria.

Acentua o ministro que não está procedendo analogia *in mallan parte*, tampouco criando um tipo penal por sentença aditiva. Afirma que se trata de uma decisão claramente interpretativa, utilizando-se um conceito de raça previamente existente e fixado pelo STF. Enfatiza ainda que não se trata de criação, pois o âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são previamente existentes à decisão que se profere, não se tratando de inovação na ordem jurídica em matéria penal por decisão judicial. Acolhe por fim o pedido de interpretação conforme a constituição do Código Penal para, quando a motivação do crime for a homofobia, isto é, a intolerância com a orientação sexual ou identidade de gênero, que a

conduta será tipificada como fútil ou torpe³³⁶, ou seja, a homofobia constitui circunstância agravante para os crimes e circunstância qualificadora no crime de homicídio.

Encerra o ministro apresentando uma palavra em respeito ao sentimento religioso para os que pensam de forma diferente. Registra que a religião sobreviveu a muitas inovações e que sobreviverá ao reconhecimento da homofobia como crime. Enfatiza que assim como alguém que nasce negro, judeu, mulher ou latino americano, como todos nós, vem-se ao mundo gay. Logo discriminar alguém por essa razão equipara-se discriminar alguém por ser negro, judeu, mulher ou latino americano. No caso dos autos, segundo o ministro, interpreta-se a Constituição, mas também se faz um apelo à razão e ao coração, pois bastaria uma pessoa imaginar como gostaria que fosse tratado o seu irmão, a sua irmã, o seu filho ou qualquer ente querido que tivesse orientação sexual homossexual. Finaliza enaltecendo que tratar a todos com respeito e consideração é um dos sentidos da vida, um dos componentes essenciais da vida boa.

Entre uma sessão e outra do pleno do STF³³⁷, o Ministro Celso de Mello apresentou voto em questão de ordem diante de manifestação do Senado Federal que informa a aprovação, na Comissão de Constituição e Justiça, em caráter terminativo, de projeto de lei que criminaliza a homofobia. A questão cinge-se em decidir se houve ou não perda superveniente do objeto da ADO. Discute-se também se é necessário suspender ou dar prosseguimento com o julgamento já iniciado. O ministro relator votou pela continuidade do julgamento sob o argumento de que a aprovação de projeto de lei no Senado Federal não significa o afastamento da mora, pois pode ser rejeitado quando submetido ao plenário da casa, bem como ainda há a necessidade de que o projeto seja submetido à Câmara dos Deputados, casa que pode demorar a aprovar o projeto ou até rejeitá-lo.

Sustentou o ministro que:

[...] não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo, em torno da questão da criminalização da homofobia e da transfobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de providências, no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável inércia deliberandi ora constatada no presente caso [...] esse quadro de permanente indefinição que inviabiliza a efetivação pelo Congresso Nacional dos comandos constitucionais que consagram o dever estatal de prestar tutela penal efetiva contra a

³³⁶ A fala final do ministro merece um esclarecimento. Com efeito, o ministro relatou que o crime de homicídio praticado por motivação homofóbica será fútil ou torpe. Ora, motivo fútil é diferente do motivo torpe. Este é o motivo repugnante ao senso ético da coletividade e, aquele, é o cometido a pretexto gratuito, desproporcionado (LYRA, 1955, p. 268-271).

³³⁷ Em 23-05-2019

prática da discriminação dirigida aos homossexuais e aos transgêneros foi objeto de severas críticas[...]

Submetida ao plenário, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, o STF, por maioria, afastou a questão e decidiu pela continuidade do julgamento sob o fundamento de que a mora continua, pois de longa data e a aprovação de projeto pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal não a afasta. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli que votaram pela suspensão do julgamento até que o Congresso Nacional deliberasse sobre a criminalização da homofobia e transfobia.

Afastada a questão de ordem, o julgamento da ADO e do MI foi retomado com o voto da Ministra Rosa Weber. Ao iniciar o voto, a ministra argumentou que "a mora do Poder Legislativo em cumprir a determinação da Constituição está devidamente demonstrada. Entendo que o direito à própria individualidade, identidades sexual e de gênero, é um dos elementos constitutivos da pessoa humana". Em seguida reforçou os argumentos lançados pelos ministros que já votaram, em especial enaltecendo os votos dos relatores da ADO e do MI, cujos votos seguiram integralmente.

Na sequência, votou o Ministro Luiz Fux. No início do voto, o ministro ressaltou que "depois de termos passado os horrores do nazifascismo e do Holocausto, nunca mais se imaginou que o ser humano poderia ser vítima dessa discriminação em alto grau de violência". Enfim, reforçou os votos anteriormente lançados e também seguiu os votos dos ministros relatores. Em seguida votou a Ministra Carmen Lúcia. A ministra acompanhou o voto dos relatores e narrou em seu voto que a intervenção do STF é por tempo determinado, ou seja, enquanto não houver lei por parte do Congresso Nacional.

Narrou a ministra que "não há como negar a jurisdição a todos a quem foi negado às vezes o direito à vida, na maioria das vezes o direito à liberdade e à dignidade, pela ausência de uma legislação ainda 30 anos depois do início da vigência dessa Constituição". Ressaltou ainda que nos autos foi demonstrada tantas mortes e, assim, não há como não reconhecer a inércia do legislador brasileiro, pois "a reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie. Quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente". Finalizou o voto enfatizando que "a tutela dos direitos fundamentais há de ser plena, para que a Constituição não se torne mera folha de papel".

O Ministro Ricardo Lewandowski abriu a divergência votando no sentido de que só ao Poder Legislativo cabe tipificar crime, restando ao STF, em sede de ADO, reconhecer a mora

do Congresso Nacional e dar ciência ao órgão omissor. Narrou o ministro que a normatização cumpre ao Congresso, o monopólio da força do Estado, e mediante decisão judicial não se pode chegar a isso. O ministro enfatizou que o STF anteriormente rejeitou a possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais, como é o caso da Convenção de Palermo, reafirmando a indispensabilidade da existência da lei, em sentido estrito, para que seja viável a punição penal de determinada conduta. Para o ministro a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança de todos. Concluiu o voto julgando parcialmente procedente a ADO para reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias³³⁸.

O Ministro Gilmar Mendes também acompanhou os votos dos relatores da ADO e do MI. Enfatizou o ministro que a propositura da ADO já cumpriu seu papel, pois impulsionou o congresso a abandonar o estado de absoluta inércia na criminalização da matéria. Narrou o ministro que os dados estatísticos que constam dos autos demonstram que há uma reiterada exposição de minorias a atos odiosos sem resposta do Estado. Para o ministro a criminalização da homofobia é necessária diante dos diversos atos discriminatórios (homicídios, agressões, ameaças) praticados contra homossexuais. Finalizou o voto narrando que se trata de reconhecer a proteção constitucional dos direitos fundamentais das minorias e de liberdades e, assim, reconhecer a aplicabilidade da Lei 7.716/1989 às condutas discriminatórias relacionadas à homofobia e à transfobia, enquanto não sobrevier legislação específica sobre a matéria.³³⁹

Ampliando a divergência aberta pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Marco Aurélio iniciou o debate enfatizando o princípio da legalidade previsto na Constituição Federal, ou seja, de que quando a constituição se refere à lei o faz no sentido de lei formal, emanada do Congresso Nacional. Narrou o ministro que em razão da taxatividade dos tipos penais, não pode ser a Lei de Racismo ampliada para abarcar as condutas homofóbicas. Enfatizou que a sinalização do Supremo Tribunal Federal para a necessária proteção das minorias e dos grupos socialmente vulneráveis já é uma contribuição para a cultura de afastamento de qualquer preconceito e discriminação, mas deve-se preservar a separação dos poderes. Finalizou o voto julgando improcedentes os pedidos sem reconhecer a mora legislativa.

³³⁸ P. 18 do voto

³³⁹ P. 29 do voto

Por fim, o Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, em voto sucinto, acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Narrou o presidente que é nítido em todos os votos o repúdio à discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero. Ao encerrar o julgamento, antes da proclamação, o ministro presidente narrou que o resultado do julgamento dá efetividade ao artigo 3º da Constituição Federal no sentido de promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Encerrada a votação foi proclamado o seguinte resultado: Por 10 votos a 1 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional brasileiro em não criminalizar a conduta de homofobia e transfobia. Por 8 votos a 3 a corte suprema reconheceu que a conduta de homofobia e transfobia enquadra-se no tipo penal previsto no artigo 20 da Lei n. 7.716/1989 que já criminalizava o racismo.

Após a proclamação do resultado, o Ministro Celso de Mello apresentou a tese do julgamento que foi aprovada por maioria pelos ministros. Confira-se:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional **destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII** do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas**, reais **ou** supostas, **que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero** de alguém, **por traduzirem** expressões de racismo, **compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários** de incriminação **definidos** na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, **constituindo, também, na hipótese** de homicídio doloso, *circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe* (Código Penal, art. 121, § 2º, I, *in fine*);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança **nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer** que seja a denominação confessional professada, **a cujos fiéis e ministros** (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás **ou** clérigos muçulmanos e líderes **ou** celebrantes das religiões afro-brasileiras, *entre outros*) **é assegurado o direito** de pregar e de divulgar, *livremente*, pela palavra, pela imagem **ou** por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções **de acordo** com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, **bem assim o de ensinar** segundo sua orientação doutrinária **e/ou** teológica, **podendo buscar e conquistar** prosélitos e praticar **os atos** de culto e respectiva liturgia, **independentemente** do espaço, *público ou privado*, de sua atuação *individual ou coletiva*, **desde que** tais manifestações **não configurem discurso de ódio, assim entendidas** aquelas exteriorizações **que incitem** a discriminação, a hostilidade **ou** a violência **contra** pessoas **em razão** de sua orientação sexual **ou** de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além** de aspectos **estritamente** biológicos **ou** fenotípicos, **pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada** pelo objetivo de *justificar a desigualdade* e **destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação** da alteridade, da dignidade e da humanidade **daqueles** que, *por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não*

pertencerem ao estamento **que detém** posição de hegemonia em uma dada estrutura social, **são considerados** estranhos e diferentes, **degradados** à condição de marginais do ordenamento jurídico, **expostos**, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma **injusta e lesiva situação de exclusão** do sistema geral de proteção do direito.

Finalizando a análise acima, como se nota, nas duas demandas, há controvérsias em relação ao Direito Constitucional e ao Direito Penal. Em relação ao Direito Constitucional, as questões controvertidas são relacionadas à omissão do Congresso Nacional em legislar sobre o tema, bem como quais seriam os efeitos que podem ser atribuídos em caso de reconhecimento da omissão. Já em relação ao Direito Penal, a problemática centrou-se na possibilidade ou não de tipificar como crime as condutas de homofobia e transfobia (criar um tipo) ou se seria possível incluir o preconceito homofóbico nos tipos penais previstos na legislação de regência (interpretação conforme a Constituição Federal)³⁴⁰.

Assim, analisando as conclusões a que chegaram os ministros, é necessário estabelecer algumas premissas. Com efeito, o artigo 102, §2º, da Constituição Federal estabelece que a ADO ãvisa a tornar efetiva norma constitucionalö, ou seja, o ãobjeto desse controle abstrato da inconstitucionalidade é a mera inconstitucionalidade morosa dos ãrgãos competentes para a concretização da norma constitucionalö (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1200). Já o resultado de mencionada ação constitucional é, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, dar ãciência ao Poder competente para a adoção das providências necessáriasö, conforme estatuí o artigo 12-H, da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

É importante ressaltar que há inconstitucionalidade quando ocorre uma ofensa à Constituição Federal que ãé suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de omissão, uma inércia ilegítimaö (BARROSO, 2011, p. 246). Destarte, o objetivo da mencionada ação constitucional não é simples como aparenta. Ora, pode-se, inicialmente, lançar-se indagações a respeito: ãquando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional?ö ou ãqual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador?ö e ainda ãquais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?ö (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1195).

No que diz respeito à caracterização da lacuna inconstitucional, pode-se afirmar que ãa omissão inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que

³⁴⁰ Lei n. 7.716/89.

resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação. Nos termos da literatura especializada, a omissão absoluta pode ser absoluta ou parcial. A primeira ocorre quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada e, a segunda quando o legislador promulgou norma que não corresponde, plenamente, ao dever constitucional de legislar, seja porque uma mudança das relações jurídicas ou fáticas impõe-lhe um dever de adequação do complexo existente.

No que concerne à a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador e as consequências jurídicas da sentença que afirma tal situação jurídica, conforme visto acima, o texto constitucional e a lei de regência são no sentido de que o STF dará ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. No entanto, há casos em que a mora legislativa persiste mesmo com a decisão do STF, bem como a omissão inconstitucional produziu efeitos no passado. Nestes casos, o STF ampliou o espectro da decisão em sede de ADO e, assim, uma primeira variação dos efeitos surgiu, aquela que concede prazo para que o Poder Legislativo atue (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1214-1218).

No entanto, não se deve deixar de considerar que mesmo com a declaração da omissão constitucional e a concessão de prazo, por vezes o Poder Legislativo não atua, devido à sua independência que é um corolário da separação dos poderes. Mas, diante da missão constitucional do STF, houve uma evolução, pois o intérprete e guardião da constituição deve prestigiar a interpretação que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador (BARROSO, 2011, p. 329).

Assim, em sentido oposto à teoria de que somente seria comunicado o poder omissivo (teoria não-concretista), surgiram novas vertentes às consequências e efeitos da decisão do STF quanto a sentença que reconhece a omissão inconstitucional.

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] ao longo dos anos, porém, continuaram a ocorrer críticas na doutrina e mesmo em votos vencidos no STF. Fortaleceu-se a corrente que defendia a ideia de o próprio Judiciário regular o direito prejudicado pela omissão do Poder Legislativo, enquanto perdurasse tal omissão. Só assim se obteria uma decisão eficiente no âmbito do mandado de injunção (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2010, p. 334).

A necessidade de manifestação do STF diante da omissão do Poder Legislativo não só de reconhecimento, mas de atuação positiva, se revela necessária pela história legislativa do País, pois a marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, desde a promessa de igualdade de todos na lei já prevista na carta de 1824 não regulada em lei (BARROSO, 2016, pos. 3660).

A partir de tal constatação, surgiu a teoria concretista intermediária, na qual superado o prazo para que fosse sanada a omissão constitucional, o STF editaria norma regulamentadora. Outra teoria que surgiu foi a teoria concretista individual, pois além de reconhecer a mora inconstitucional do Poder Legislativo, concede-lhe prazo para legislar, mas também editaria uma norma suprimindo a omissão para o caso levado a julgamento. Por fim, apresenta-se também a teoria concretista geral, na qual o STF reconhece a omissão inconstitucional, concede prazo ao Poder Legislativo para supri-la, mas também a favor de uma normatividade geral, implementa o exercício do direito obstado em razão da inércia legislativa, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente, sendo que essa decisão produzirá efeitos *erga omnes* (MORAES, 2014, p. 177).

Já para o MI, a Constituição Federal estabelece no artigo 5º, LXXI, que será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ou seja, é instrumento para fazer valer o direito subjetivo decorrente da omissão do Poder Legislativo ou do órgão incumbido de regulamentá-lo (MENDES; BRANCO, 2015, p. 449-450).

O artigo 8º da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, estabelece que o reconhecimento do estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. A mesma lei, no artigo seguinte estabelece que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. §1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade

ou da prerrogativa objeto da impetração. §2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

Diante do texto constitucional e da legislação regulamentadora do MI correntes doutrinárias divergiram no aspecto do alcance da decisão proferida pelo STF. Com efeito, parte da doutrina sustenta que a decisão seria apenas mandamental, não sendo possível que se editasse, o Poder Judiciário em sede do mandado, uma norma abstrata e geral.

Neste sentido, ressalta-se que:

[...] a opinião que sustentava a possibilidade de o Tribunal editar uma regra geral, ao proferir a decisão sobre mandado de injunção, encontraria insuperáveis obstáculos constitucionais. Tal prática não se deixaria compatibilizar com o princípio da divisão de Poderes e com o princípio da democracia. Além do mais, o modelo constitucional não continha norma autorizadora para a edição de regras autônomas pelo juizado, em substituição à atividade do legislador, ainda que com vigência provisória, como indicado pela doutrina. Portanto, essa posição revela-se incompatível com a Constituição [...] (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1225).

O fundamento central de mencionada corrente doutrinária é o princípio da legalidade, pois a regra geral editada em sede de MI acarreta a imposição de obrigações a terceiros, que, nos termos da Constituição, somente podem ser criadas por lei ou com fundamento em uma lei (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1225).

Do outro lado, uma corrente doutrinária sustenta que o STF, ao constatar a omissão legiferante que é impeditiva do exercício de direito constitucionalmente assegurados, deve proferir decisão se contivesse uma regra concreta destinada a possibilitar o exercício do direito assegurado pela Constituição Federal, ou seja, a decisão judicial há de conter uma regra geral, aplicável não apenas à questão submetida ao Tribunal, mas também aos demais casos semelhantes. A respeito de tal corrente doutrinária, o constituinte teria dotado o Tribunal, excepcionalmente, do poder de editar normas abstratas, de modo que essa atividade judicial apresentaria fortes semelhanças com a atividade legislativa (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1222-1223).

A questão não é pacificada na literatura especializada, já que há divergência quanto aos limites da atuação do Poder Judiciário em estabelecer se o mandado de injunção se destina a possibilitar o suprimento judicial da norma faltante ou a estimular a produção da norma pelo órgão competente. No entanto, vem prevalecendo o entendimento no STF de que há possibilidade de estabelecer um regramento provisório para evitar que a omissão

inconstitucional paralise a eficácia de normas constitucionais (BARROSO, 2016, pos. 2317 e 3948).

Com efeito, o STF já julgou vários mandados de injunção do decorrer dos anos e, inicialmente, formou-se um entendimento no sentido de que o alcance da decisão deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Posteriormente, houve uma alteração no entendimento, pois decidiu-se em fixar prazo para que fosse colmatada a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados³⁴¹ (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1223).

No sentido de uma evolução se afastando da jurisprudência, inicialmente firmada no STF:

[...] percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. As decisões proferidas nos Mandados de Injunção n. 283 (Rel. Sepúlveda Pertence), 232 (Rel. Moreira Alves) e 284 (Rel. Celso de Mello) sinalizam para uma nova compreensão do instituto e a admissão de uma solução "normativa" para a decisão judicial [...] (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1223).

Portanto, constata-se que houve uma alteração no entendimento do STF que se alinha ao moderno alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional que constitui um papel positivo para fazer valer os direitos assegurados na magna carta (MEDEIROS, 1999, p. 494).

Nesta linha de entendimento, no Mandado de Injunção n. 758, o STF decidiu que é possível que o Poder Judiciário, na constatação da omissão legislativa e o prejuízo ao exercício do direito constitucionalmente assegurado, se manifeste por uma regulação provisória, ou seja, por uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1229).

Referido entendimento foi sendo ampliado pelo STF, mesmo após a edição de regulamentação do MI, conforme pode ser constatado no seguinte fragmento:

[...] o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória

³⁴¹ Mandado de Injunção n. 283 ó Relator Ministro Sepúlveda Pertence.

pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo³⁶, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção [...] MENDES; BRANCO, 2015, p. 1239).

Destarte, ao MI que inicialmente teria um caráter subjetivo, com o novo entendimento passou a ter caráter objetivo e, assim, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1240).

Apresentada uma análise da literatura especializada sobre a ADO e sobre o MI, é necessário tecer alguns apontamentos críticos sobre o julgamento em curso no STF. Sinteticamente podem ser apresentados três pontos: (i) a existência de omissão inconstitucional do Poder Legislativo; (ii) a possibilidade do STF criar tipos penais; e (iii) a existência de contradição no bojo das decisões (reconhecimento de omissão inconstitucional x interpretação conforme a constituição de texto normativo em vigência).

No que concerne ao primeiro ponto, em posicionamento contrário, um dos *amici curiae*³⁴² argumentou que realmente existe previsão constitucional³⁴³ assegurando que toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deve ser punida. No entanto, alegou que, na esteira das manifestações da Advocacia Geral da União e da Câmara dos Deputados, tal mandamento constitucional não implica dizer que a discriminação deve ser tutelada pelo direito penal e, portanto, que os pedidos devem ser julgados improcedentes, já que o sequer a CF exige de forma inequívoca a criminalização, pois punição não é equivalente necessariamente à criminalização.

Analisando a argumentação em comento, há várias manifestações em sentido oposto. Conforme pode ser constatado na seguinte explanação:

[...] nos poucos estados ou municípios que possuem leis anti-homotransfobia (com penas administrativas, como advertência, multa e, para pessoas jurídicas, suspensão ou cassação de licença de funcionamento, como no caso da Lei Estadual Paulista 10.948/01), a discriminação homofóbica e transfóbica (homotransfóbica) não diminuiu, o que mostra que os demais ramos do Direito têm se mostrado insuficientes para combater a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero cometida contra pessoas LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais [...] (IOTTI, 2014, p. 2).

³⁴² Associação Nacional de Juristas Evangélicos ó ANAJURE.

³⁴³ Artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal.

Os ministros que já votaram no julgamento rejeitaram o argumento de que não havia mandamento constitucional para criminalizar a homofobia. O Ministro Celso de Mello se manifestou no sentido de que já passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal não houve por parte do Congresso Nacional efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição. Afasta também o argumento de que a existência de proposições legislativas desconfiguraria a mora do Poder Legislativo, pois, segundo o ministro, existe um quadro permanente de indefinição e conclui que existe, na espécie, de situação de evidente e inconstitucional inércia estatal inteiramente imputável ao Congresso Nacional. Já o Ministro Edson Fachin argumentou que o fato de que tramitam no Congresso Nacional projetos de lei sobre a matéria não serve para afastar o reconhecimento da omissão inconstitucional, inclusive pelo quadro de violações aos direitos fundamentais restou comprovado nos autos.

O Ministro Alexandre de Moraes também reconheceu a mora por ausência de edição de lei penal incriminadora que torne efetiva a previsão constitucional do inciso XLI do artigo 5º da Constituição Federal. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso enfatizou que é reconhecida a mora do congresso em criminalizar a homofobia e que é grande o número de casos de violência homofóbica e que se está diante de um contexto de uma determinada realidade social. O ministro argumentou ainda que a punição deve ser criminal porque o bem jurídico é relevante, que outras discriminações são punidas pelo Direito Penal e que a punição administrativa não é suficiente.

Verifica-se, então, que a maioria dos ministros reconheceram a omissão legislativa em criminalizar a homofobia o que pode configurar uma contradição. Não, há dúvidas, portanto, que nos casos analisados há uma obrigatoriedade constitucional determinada ao Poder Legislativo, ou seja, uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional (BARROSO, 2016, pos. 3706).

O segundo ponto é se o STF poderia criar tipos penais para atender o mandamento constitucional de criminalizar a homofobia, ou seja, se é possível, uma vez reconhecida a mora inconstitucional do Poder Legislativo, aplicar a teoria concretista geral devido ao princípio da reserva legal previsto na Constituição Federal³⁴⁴. O Ministro Celso de Mello acentua que não

³⁴⁴ Artigo 5º, incisos XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

seria possível diante da reserva legal absoluta, pois ãa pretensão em referência ó por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional ó veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penalö. Já o Ministro Edson Fachin argumentou que ãnos termos do art. 8º da Lei n. 13.300, o reconhecimento da mora legislativa impõe o deferimento do mandado de injunção para ðeterminar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadoraö, no entanto, afirma que o STF evoluiu no sentido de ãser cabível ao Poder Judiciário atuar nos casos de inatividade ou omissão do Legislativoö.

O Ministro Alexandre de Moraes narrou que não pode o STF criar novo tipo penal, pois tal tarefa demanda reserva legal nos termos do artigo 5º, XXXIX³⁴⁵, da Constituição Federal, ou seja, há uma exigência de que exista ãlei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*)ö.

O Ministro Luís Roberto Barroso enfatizou que no normal das circunstâncias fixaria um prazo ao Congresso Nacional prevendo uma consequência em caso de mora. Porém, no caso em julgamento, segundo o ministro, é um caso típico de que o processo majoritário não propicia fazer valer o comando constitucional, inclusive o Senado e a Câmara dos Deputados noticiaram aos autos que a quantidade de projetos que tentaram regular o assunto foram infrutíferas, inclusive há informações de que o tema é objeto do projeto do novo Código Penal que há tempos está no Congresso Nacional sem data para ser votado. Afirma também que não se pode criar o tipo penal, pois o âmbito de incidência da norma, a definição do crime e a fixação da pena são objetos de reserva legal.

Em vista dos argumentos apresentados pelos ministros, constata-se que se seguiu entendimento já exarado pelo STF. Com efeito, a Constituição Federal vigente estabelece a reserva legal para a tutela do direito penal, ou seja, condutas somente serão objeto de criminalização mediante lei. No caso do julgamento do MI em análise, o Ministro Ricardo Henrique Lewandowski³⁴⁶ foi enfático ao rejeitar os pleitos, como relator inicial, no sentido de que não seria possível acolher o pedido mediante sentença aditiva, pois estar-se-ia afrontando

³⁴⁵ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁴⁶ O ministro proferiu decisão monocrática extinguindo o processo.

a competência privativa da União em legislar sobre o Direito Penal, bem como feriria de morte o princípio da reserva legal, pois para ele, somente poder ser veiculado por lei em sentido estrito e, neste sentido, somente a norma produzida pelo Congresso Nacional (BRASIL, STF, Mandado de Injunção n. 4733, 2013).

No mesmo sentido confira-se:

[...] vê-se, portanto, que, em tema de controle abstrato de omissão inconstitucional, são extremamente limitados os poderes deferidos pela Carta da República ao Supremo Tribunal Federal, que não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada ou editada de maneira insatisfatória pelo Poder Público [...] (BRASIL, STF, ADIn por omissão n. 1439/DF, 1996).

A literatura especializada também se manifesta em tal sentido, ou seja, de que nos casos de iniciativa reservada, não há dúvida de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão buscará, em primeira linha, desencadear o processo legislativo (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1195).

Assim, se a maioria dos ministros reconheceram que há omissão legislativa inconstitucional, bem como reconheceram que não é possível que o STF crie tipos penais, pois afrontaria o princípio da reserva legal que, no caso, seria absoluta, o deslinde das ações em julgamento seria pela ciência ao Poder Legislativo para a adoção das providências necessárias, ou seja, comunicação para que legislasse em certo prazo, pois, decidindo de maneira diversa, seria uma contradição.

O último ponto, é a análise sobre eventual contradição em se afirmar a existência de omissão e, ao fim, interpretar enunciados normativos incriminadores existentes na legislação ordinária nacional. Com efeito, a maioria dos ministros aplicaram a interpretação conforme à constituição aos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89.

Como se nota do voto do Ministro Celso de Mello, foi acolhida a proposição do Procurador Geral da República que pleiteou por conferir-se interpretação conforme à Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT. O ministro afirmou que não estava aplicando analogia *in malam parte*, pois o STF reafirmou um precedente histórico para ampliar o sentido e o alcance do termo racismo previsto na Lei n. 7.716/89. Já o Ministro Edson Fachin

argumentou que deveria ser aplicada a Lei n. 7.716/89 até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema e, assim, estendeu a tipificação dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

O Ministro Alexandre de Moraes reafirmou que o STF não poderia criar tipos penais para o caso em julgamento, mas afirmou que seria possível que o STF atuasse pela interpretação conforme a constituição, compatibilizando o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados e, assim, definiu que o preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero deve ser incluído no âmbito de incidência da Lei n. 7.716/1989, pois tal legislação não veda somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, englobando também a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero em busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso enfatizou que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política e que, diante do conceito de raça encampado anteriormente pela ampla maioria do STF, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e estigmatização de grupos, a exemplo do que ocorre com a comunidade LGBT. É importante ressaltar que o ministro enfatiza que não está procedendo analogia *in mallan parte*, tampouco criando um tipo penal por sentença aditiva, mas proferindo uma decisão interpretativa, utilizando-se um conceito de raça previamente existente e fixado pelo STF.

Destarte pode-se afirmar que o STF decidiu que: (i) existe omissão inconstitucional por parte do Poder Legislativo em não criminalizar a homofobia; (ii) o STF não pode criar norma penal geral e abstrata para criminalizar a homofobia; e (iii) a Lei n. 7.716/89, mediante uma interpretação conforme a constituição, é abrangente para criminalizar as condutas de homofobia.

Assim, é possível apontar uma contradição, pois a um só tempo o STF reconhece uma omissão e também afirma que existe uma legislação em vigência que pode abranger a criminalização pleiteada nas exordiais da ADO e no MI.

Sobre a temática, importante registrar o seguinte posicionamento. Confira-se:

[...] a conclusão do voto do ministro é contraditória. Ou há omissão normativa ou a homofobia e a transfobia sempre estiveram alcançadas pela Lei 7.716/1989, de sorte que a manipulação dos efeitos normativos da decisão também não se sustenta. E, segundo a própria Constituição, os incisos XLI e XLII, art. 5º, são autoexplicativos, posto determinam que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Logo, ou a homofobia estaria incluída no inciso XLI ou no XLII. Se estiver no XLI, ainda não há lei criminalizando a homofobia. Se estiver no XLII então não há omissão e não cabe a manipulação temporal dos efeitos da decisão [...] (ALVES JR., 2019, p. 7).

Destarte, analisando as conclusões a que chegaram os ministros, é possível apontar uma incongruência, já que uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão, ao STF cabia dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias³⁴⁷. Da mesma forma, no MI caberia ao STF, reconhecida a mora legislativa³⁴⁸, I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

As possibilidades supramencionadas seriam as únicas ao STF, pois não poderia ele lançar mão das teorias concretistas (individual ou geral), pois como visto, é insuperável o óbice constante na Constituição Federal da exigência da reserva legal absoluta para a criação de tipos penais.

Destarte, é reconhecida a incongruência apresentada nas decisões analisadas acima, pois não se pode reconhecer a inexistência de normativa incriminadora e ao mesmo tempo interpretar uma legislação vigente para cumprir o mandamento constitucional de criminalização da homofobia.

Ainda que exista a contradição apontada acima, reconhece-se a possibilidade do STF em interpretar os tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 de forma evolutiva a abarcar as hipóteses de homofobia³⁴⁹. Com efeito, a constituição não está aberta a todo o tipo de interpretação, pois trata-se de um texto normativo que serve de parâmetro objetivo para as condutas subjetivas, segundo valores intersubjetivamente compartilhados. As subjetividades do

³⁴⁷ Artigo 12-H, Lei n. 9.868/1999.

³⁴⁸ Artigo 8º, Lei n. 13.300/2016.

³⁴⁹ Mas não em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou por Mandado de Injunção. A interpretação anteriormente realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o alcance do termo "racismo", utilizada como paradigma para o julgamento, foi realizada em sede de *Habeas Corpus*.

leitor e das pessoas devem se conformar às objetividades do texto normativo e das circunstâncias fáticas (ALVES JR, 2019, p. 23).

Mas um tipo de interpretação pode ser manejada, qual seja, a interpretação evolutiva, pois seja qual for a concepção que se adote (naturalista ou positivista), um sistema jurídico é um sistema de normas evolutivas, práticas e coercíveis para que a justiça e o padrão de conduta de uma cultura sejam efetivados (CONTRUCCI, 2010. p. 258). E mais, o direito deve ser aplicado pelos juízes afastando-se do tradicionalismo jurídico e, desta feita, introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social (BOBBIO, 1999, p. 36).

Como bem salientado pelos ministros, o STF já enfrentou a questão no *Habeas Corpus* n. 82.424 e aplicou entendimento que estende, evolui o conceito de racismo previsto na Constituição. Com efeito, ficou decidido pelo STF que o conceito jurídico do termo racismo previsto na Constituição Federal é abrangente, pois considera-se o preconceito estabelecido entre diferentes grupos e pessoas. Neste sentido confira-se:

[...] compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma [...] (BRASIL, STF, HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Corrêa).

Irrepreensível, neste ponto, o pontuado pelo Ministro Celso de Mello em seu voto. Confira-se:

[...] por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo é para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 é não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero [...].

Destarte, os tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 podem e devem ser interpretados levando-se em consideração a evolução da sociedade, já que a interpretação evolutiva atende aos anseios sociais mutantes. Enfim, a interpretação do enunciado normativo de acordo com as transformações sociais são fatores de atualização e regeneração da sua força normativa (COELHO, 2011, p. 41, 49-50, 61-62 e 70-71). É certo que existem resistências em aplicar tal

interpretação ao Direito Penal, mas o tipo penal, por sua natureza abstrata e flexível, é adaptável à realidade da vida que é mutante. Assim, a expressão de tal mutação é encontrada nas novas interpretações que os magistrados elaboram para o caso concreto (DERZI, 2007, p. 112).

No sentido confira:

[...] a evolução jurisprudencial em torno da interpretação de uma mesma norma, a qual se mantém literalmente inalterada no tempo, atua no campo do conceito que significa o objeto e no campo semântico mais amplo, que pode colher diferentes possibilidades conotativas [...] (DERZI, 2007, p. 112).

Assim, o tipo penal contém referências a objetos, sendo que tais referências são abertas e flexíveis, podendo ser adequadas à realidade pela interpretação (DERZI, 2007, p. 114).

Destarte, como a literalidade indica ser a homofobia um substantivo feminino, preconceito contra homossexuais, geralmente demonstrado através de violência física ou verbal (DICIO, 2019) e juridicamente poder ser definida como uma violação/crimes contra os direitos humanos que consiste na intolerância, discriminação, ofensa ou qualquer manifestação de repúdio à homossexualidade e à homoafetividade (CONTEÚDO JURÍDICO, 2010), é possível incluir tal violação a um direito fundamental nos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 conforme já decidido pelo STF no caso julgado no *Habeas Corpus* n. 82.424³⁵⁰.

É importante trazer para o debate entendimento da literatura especializada³⁵¹ ventilado nos autos. Com efeito, sustenta-se que é perfeitamente possível que o STF reconheça a homotransfobia (LGBTIfobia) como *crime de racismo*, mediante interpretação *literal* dos conceitos de *raça e racismo*, na acepção político-social, de racismo enquanto inferiorização de um grupo social relativamente a outro (IOTTI, 2019, p. 8).

Ora, a integração da criminalização da homofobia nos tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 se revela possível pela interpretação evolutiva, bem como diante dos princípios gerais do direito que são expostos na Constituição Federal e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois a primeira³⁵² é enfática de que deve ser punida qualquer forma de discriminação

³⁵⁰ No mencionado *Habeas Corpus* parte-se da premissa de que o crime de preconceito prescinde de identidade biológica, ou seja, trata-se na realidade de um preconceito que não foca na raça ou cor, mas nas diferenças entre os grupos (SILVEIRA, 2007, p. 82-83). Assim, a homofobia se enquadraria no preconceito ínsito da Lei n. 7.716/89, já que há um comportamento discriminatório contra um grupo que é inferiorizado simplesmente por sua orientação sexual e, assim, quando da elaboração da lei de racismo, na realidade pretendeu-se punir os crimes de preconceitos e discriminação.

³⁵¹ É citado o escólio de Guilherme de Souza Nucci ó Leis Penais Comentadas.

³⁵² Artigo 5º, XLI ó a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

e a segunda³⁵³ reforça a possibilidade de integração na hipótese de omissão, pois há a regulamentação e punição aos crimes de preconceito, mas é silente quanto à homofobia.

Por fim, agindo assim, o STF atuaria mantendo uma coerência ao precedente horizontal, pois considerou como ponto de partida na interpretação da Lei n. 7.716/89 um precedente da própria corte.

Confira-se o seguinte entendimento sobre o tema:

[...] para que o racismo não se transformasse em crime impossível pela raça humana ser biologicamente una (conforme o Projeto Genoma, que colocou uma pá de cal na tese contrária), entendeu o STF que o racismo (social) é toda ideologia que prega a inferioridade de um grupo social relativamente a outro, conceito este referendado por Guilherme Nucci. Foi por isso que (corretamente) se considerou o antissemitismo como espécie de racismo. Ora, a homotransfobia se enquadra neste conceito ontológico-constitucional de racismo afirmado pelo STF no HC 82.424, logo, o dever de vinculação a precedentes (respeito à história institucional) demanda isto aplicá-lo relativamente à homofobia e à transfobia para considerá-las como espécies do gênero racismo. Somente um overruling de dita decisão poderia levar a conclusão contrária, mas um tal overruling demandaria concordar-se com o voto vencido do ministro Moreira Alves naquele julgado, o qual, por originalismo, entendeu que o racismo deveria ser entendido apenas como abrangendo a discriminação contra pessoas negras (a negrofobia), já que esse foi o foco dos debates constituintes (com todo o anacronismo inerente ao originalismo, que não é, ao que nos consta, a posição dos autores aqui criticados); demandaria dar-se razão ao Sr. Ellwanger quando ele defendeu que teria cometido mero crime de discriminação, e não crime de racismo por ter defendido que o antissemitismo não poderia ser considerado como espécie de racismo (se o crime não fosse de racismo, estaria prescrito) [...] (IOTTI, 2019, p. 4).

Finalizando, se reconhece a incongruência nas decisões analisadas em se admitir a inexistência de lei incriminadora da homofobia com o ato de interpretar uma legislação vigente para cumprir o mandamento constitucional de criminalização. No entanto, também é importante acentuar que é legítimo, pela via adequada³⁵⁴, que o STF interprete os tipos penais previstos na Lei n. 7.716/89 de forma evolutiva a abarcar as hipóteses de homofobia.

10.1.2 A propositura da ação penal em caso de transação penal e seu descumprimento ó Tema 238 ó Supremo Tribunal Federal

³⁵³ Decreto-Lei n. 4.657/42 ó artigo 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

³⁵⁴ Conforme sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes no aparte realizado durante o julgamento, o tema poderia ter sido veiculado por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou por Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ou seja, seria uma das formas de abordar o tema, ou seja, interpretar a lei de racismo. Saliente-se ainda que, como pontuado, o precedente sobre o alcance do termo "racismo", utilizada como paradigma para o julgamento, foi realizada em sede de *Habeas Corpus*.

O Supremo Tribunal Federal (STF) não possui a tarefa encerrar os dissídios jurisprudências relativos à interpretação de leis federais, como os códigos penais e processuais penais, pois, como é sabido, é tarefa da corte dos precedentes, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No entanto, ao se realizar uma pesquisa no site da corte suprema, constata-se que há alguns casos em Repercussão Geral³⁵⁵ sobre direitos penal e processual penal devido a eventual afronta à Constituição Federal de 1988.

Um tema que chegou ao STF³⁵⁶ foi a controvérsia jurídica de se é possível ou não propor ação penal em caso de descumprimento das condições estabelecidas por ocasião da transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, apreciando um recurso inominado, negou provimento ao apelo decidindo pelo prosseguimento da investigação em caso de descumprimento das condições estabelecidas na transação penal. Conforme consta do julgado, o tribunal decidiu que uma vez não cumprido o acordado, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para prosseguimento do feito. O recorrente interpôs recurso perante o STF que o submeteu ao regime de Repercussão Geral, sob o fundamento de que a jurisprudência é velhíssima e há muito assentada (BRASIL, STF, Transação penal, 2009).

No recurso o recorrente narrou que a:

[...] transação penal é um acordo entre as partes, havendo ao Ministério Público a disponibilidade de oferecimento ou não do benefício. A celebração da transação entre as partes, através da oferta ministerial e o aceite do autor do fato, vale como sentença ou até mesmo como acordo judicializado, aos moldes daquilo que ocorre nas ações de alimentos, ou de separação, em que cada parte abre mão de um pouco pela solução do litígio, de forma que resta atingida pela coisa julgada, seja material, seja formal, restando ao Promotor de Justiça, em não tendo sido cumprido, a medida de execução de suas condições, mas jamais de seguimento da ação penal, até porque ainda inexistente [...] (BRASIL, STF, Transação penal, 2009).

O ministro relator³⁵⁷ afastou os argumentos do recorrente afirmando que a sentença de homologação da transação penal não confere a qualidade de coisa julgada aos termos da transação e, assim, descumpridas as suas cláusulas, retorna-se ao status quo ante, ou seja, deve ser possibilitada ao Ministério Público a continuidade da persecução penal (situação

³⁵⁵ Há muitos casos de reconhecimento da repercussão geral, mas que o mérito ainda não foi julgado. No presente capítulo a escolha de alguns casos recaiu nos que foi reconhecida a repercussão e o mérito foi julgado.

³⁵⁶ Repercussão Geral por questão de ordem em Recurso Extraordinário n. 302.072/RS.

³⁵⁷ Ministro César Peluso.

diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade) (BRASIL, STF, Transação penal, 2009).

O julgamento ocorreu em 19 de novembro de 2009 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (BRASIL, STF, Transação penal, 2009).

A questão central da controvérsia jurídica é assim delimitada: é possível ou não propor ação penal em caso de descumprimento das condições estabelecidas por ocasião da transação penal nos moldes do artigo 76 da Lei n. 9.099/95?

Em uma simples pesquisa constata-se que o STF³⁵⁸ possuía uma posição sobre a temática e que o STJ³⁵⁹ possuía outra. Note-se que, em pesquisa no site³⁶⁰ eletrônico do STF, sobre o tema, encontramos 56 julgados, uma vez mais revelando que era necessária a fixação de tese jurídica com efeito vinculante, para encerrar a multiplicidade de recursos, bem como findar a controvérsia jurídica.

O instituto da transação penal é uma medida despenalizadora aplicável aos crimes de menor potencial ofensivo com o intuito de beneficiar o autor do fato e propiciar uma prestação jurisdicional mais célere, mitigando a obrigatoriedade da ação penal (ZANATTA, 2001, p. 50). A legislação brasileira que trata do tema, qual seja, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, estabelece no artigo 76 que, atendidas algumas condições, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multas e mais, nos termos do §4º do citado artigo, aceita as condições pelo autor do fato o juiz aplicará a pena de imediato (BRASIL, Juizado, 1995).

Um ponto que gera discórdia, é o artigo 86 da mesma lei, pois é expresso que a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos serão executadas na forma da legislação local, mas nada prevê sobre eventual descumprimento das condições impostas na transação penal. Diferentemente, no artigo 89, §4º da mencionada lei, no caso de suspensão

³⁵⁸ RE n. 602.072/RS ó no sentido de que descumpridas as condições dever-se-ia continuar com a persecução penal

³⁵⁹ REsp n. 205.739/SP ó no sentido de que descumpridas as condições dever-se-ia executar o título formado pela homologação.

³⁶⁰ Pesquisa realizada em 11-02-2019, no site www.stf.jus.br, com os seguintes caracteres: Ação; Penal; Transação

condicional do processo³⁶¹, é previsto expressamente que se não cumpridas as condições, o benefício será revogado e o processo retoma sua marcha processual (BRASIL, Juizado, 1995).

A literatura brasileira especializada é no sentido de que a transação penal é um ato jurídico bilateral no qual as partes, atendidos os requisitos legais, celebram acordo com concessões recíprocas para extinguir o procedimento instaurado pela prática de um ato ilícito, mas mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada, ou seja, só tem efeito o jurídico almejado se as condições forem cumpridas (SOBRANE, 2001, p. 75).

O acordo bilateral proposto pelo Ministério Público é levado ao crivo do magistrado para homologação³⁶², ou seja, aplicação da pena de imediato. A controvérsia que se abre é neste ponto, pois havendo homologação há uma sentença do juízo. A questão então aborda o efeito ou qualidade de tal sentença, ou seja, faz ou não coisa julgada?

Não há consenso na literatura especializada. Parte sustenta ser uma sentença condenatória e, assim, faz coisa julgada material e, portanto, não se desconstitui diante do descumprimento das condições. Outra parte sustenta ser uma sentença imprópria por não conceber a admissão de culpa e, destarte, não se perfaz a coisa julgada (NOGUEIRA, 2003, p. 194). Assim, se tratar-se de uma sentença penal condenatória e possuir a qualidade de coisa julgada material, uma vez não cumpridas as condições estabelecidas, sustenta-se que deveria ser executada a pena nos moldes do artigo 86 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. De outro lado, se for uma sentença imprópria que não possui a qualidade da coisa julgada material, descumpridas as condições, retoma-se o rito processual previsto na mencionada lei, ou seja, a persecução penal prossegue (ASSIS, 2011, p. 98).

A discórdia ocorria pelo fato de que a Lei dos Juizados Especiais Criminais não foi expressa em ditar qual seria o procedimento no caso de descumprimento das condições estabelecidas na transação penal, como fez no caso da suspensão condicional do processo e, assim, permite aos advogados, promotores de justiça e magistrados as duas vertentes interpretativas, conforme acima exposto, gerando instabilidade, incerteza e falta de segurança jurídica, o que enfraquece o sistema.

Com a decisão proferida, amparada na teoria dos precedentes, possibilitou-se a segurança jurídica, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal apresentou a interpretação que

³⁶¹ Benefício previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais que é uma medida despenalizadora.

³⁶² Artigo 76, §4º, da Lei n. 9.099/95.

deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações, trazendo previsibilidade e certeza ao sistema jurídico penal e processual penal.

Sobre a controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode-se responde-la objetivamente, sem margem para interpretações diversas. Senão vejamos: é possível ou não propor ação penal em caso de descumprimento das condições estabelecidas por ocasião da transação penal nos moldes do artigo 76 da Lei n. 9.099/95? Sim. Descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial (BRASIL, STF, Transação penal, 2009).

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes, em outra pesquisa³⁶³ constatou-se que, após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STF. Verifica-se, assim, que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica do descumprimento das condições impostas por ocasião da transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95. Repita-se que se trata da palavra final pelo fato de que foi uma decisão que possui caráter vinculante, ou melhor, é um precedente obrigatório a ser seguido pela corte suprema (eficácia horizontal do precedente) e pelos demais tribunais superiores e inferiores (eficácia vertical do precedente).

10.1.3 Os efeitos penais da sentença homologatória de transação penal ó Tema 187 ó Supremo Tribunal Federal

Outro tema que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), com um pouco de convergência ao instituto acima ventilado (transação penal), versa sobre os efeitos penais da sentença que homologa a transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

Analisando o julgado constata-se que a controvérsia jurídica consistia em aplicar ou não os efeitos da sentença penal condenatória, previstos no artigo 91 do Código Penal brasileiro, na hipótese de sentença homologatória de transação penal. Conforme consta do julgado, foi imputada ao recorrente a prática de contravenção penal prevista no artigo 58³⁶⁴ do Decreto-lei

³⁶³ Pesquisa realizada em 11-02-2019, no site www.stf.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Transação; Penal; Continuidade; Persecução.

³⁶⁴ Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração.

n. 3.668/41³⁶⁵ e apreendida uma motocicleta como instrumento da prática do delito. Presentes os requisitos estatuídos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público ofertou a transação penal. As condições foram aceitas pelo recorrente e, na sequência, o acordo despenalizador foi homologado pelo juízo. Cumpridas as condições o magistrado extinguiu a punibilidade, mas decretou a perda da motocicleta nos termos do artigo 91, II, do Código Penal brasileiro (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

Não concordando com a perda da mencionada motocicleta, o recorrente interpôs apelação ainda no tribunal de origem³⁶⁶. A Turma Recursal negou provimento ao recurso sob o fundamento de que a motocicleta foi obtida por meios ilícitos, ou seja, pela prática de infração penal. No recurso extraordinário ao STF o recorrente sustentou, dentre outras teses, que a única sentença condenatória capaz de produzir o confisco de bem como efeito é a condenatória [...] não sendo possível extrair-se essa mesma consequência de um ato transacional. O apelo extraordinário aportou na suprema corte por meio de agravo de instrumento que, em seguida, foi reconhecida a existência de repercussão geral, sendo provido o agravo determinando-se a conversão em recurso extraordinário (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

O ministro relator³⁶⁷ afastou os argumentos lançados no acórdão recorrido afirmando que as consequências jurídicas extrapenais como a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, do CP), de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, do CP) não são efeitos automáticos. Narrou o ministro relator que mencionados efeitos só podem ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma condenação penal. Fundamentou ainda que o decreto de perda sem o devido processo legal é verdadeiro confisco, o que caracteriza manifesta transgressão às garantias constitucionais dos arts. 5º, LIV, LV, LVII e XXII (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

O julgamento ocorreu em 28 de maio de 2015 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica:

As consequências jurídicas extra penais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas

³⁶⁵ Lei de contravenções penais.

³⁶⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

³⁶⁷ Ministro Teori Zavascki.

por modo consensual no respectivo instrumento de acordo (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

A questão central da controvérsia jurídica foi limitada nos seguintes termos: é possível ou não aplicar os efeitos da sentença penal condenatória, previstos no artigo 91 do Código Penal brasileiro, na hipótese de sentença homologatória de transação penal, benefício previsto no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais?

No tópico anterior já foi definido o instituto da transação penal, ou seja, um benefício despenalizador que depende do cumprimento das condições para se extinguir a punibilidade do acusado da prática de crimes de menor potencial ofensivo. Foi definido também que se não cumpridas as condições, o procedimento deve retomar sua marcha com o prosseguimento da investigação ou o oferecimento da denúncia. No que diz respeito à legislação brasileira sobre o tema, qual seja, a Lei dos Juizados Especiais Criminais, foi visto que atendidas a condições propostas pelo Ministério Público, pode ocorrer a transação penal com a aplicação imediata de pena restritivas de direito ou multa (BRASIL, Juizado, 1995).

O ponto da discórdia ventilada no recurso em análise é a aplicação do artigo 91, II, *in fine*, do Código Penal brasileiro³⁶⁸ no caso de transação penal homologada pelo juízo, ou seja, o que fazer com os bens apreendidos por ocasião da prática do ilícito penal?

A controvérsia inicial esbarra no que foi visto no tópico anterior, em especial na discussão doutrinária, ou seja, a natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal. Anteriormente asseverou-se que parte da doutrina defende ser uma sentença condenatória e outros sustentam ser uma sentença imprópria (NOGUEIRA, 2003, p. 194). A conclusão da celeuma posta acima (aplicar ou não os efeitos de uma sentença penal condenatória ao caso de homologação de transação penal) depende, assim, de que qualidade se atribuí à sentença homologatória de transação penal. Se condenatória, pode-se aplicar os efeitos do artigo 91, do Código Penal brasileiro, do contrário, se for imprópria, simplesmente homologatória, não podem ser aplicados os mencionados efeitos.

O ministro relator ao julgar o caso foi enfático em acatar a doutrina que defende não ser, a sentença que homologa a transação penal, condenatória, argumentando que *in fine* as consequências geradas pela transação penal da Lei 9.099/95 não de ser essencialmente aquelas estipuladas no

³⁶⁸ São efeitos da condenação: II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

instrumento do acordo [...] os demais efeitos penais e civis decorrentes das condenações penais não serão constituídos (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

A princípio o tema aparenta ser de fácil solução, no entanto, a discórdia doutrinária e jurisprudencial permanecia pelo fato de que a Lei dos Juizados Especiais Criminais não foi expressa em estabelecer qual seria a destinação dos bens apreendidos em caso de proposta, aceitação e homologação de transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Destarte, sem um norte fixo sobre a destinação dos bens, se permitia aos advogados, promotores de justiça e magistrados aplicar uma das duas vertentes interpretativas, o que enfraquece o sistema gerando insegurança jurídica.

A decisão proferida pelo STF findou as discussões no pertinente a aplicação correta da lei, pois apresentou a interpretação que deve ser seguida, sem margem para outras interpretações, trazendo certeza e isonomia ao sistema. A controvérsia jurídica em comento, então, com a decisão com força de precedente vinculativo e obrigatório, pode agora ser respondida objetivamente, senão vejamos: é possível aplicar os efeitos da sentença penal condenatória, previstos no artigo 91 do Código Penal brasileiro, na hipótese de sentença homologatória de transação penal, benefício previsto no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais? Não. A perda de bens prevista no art. 91 do Código Penal brasileiro é decorrente de sentença penal condenatória o que não ocorre quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), pois a sentença tem natureza meramente homologatória (BRASIL, STF, Efeito penal, 2015).

Demonstrando, uma vez mais, a eficiência do sistema de precedentes, em outra pesquisa³⁶⁹, verificou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STF. Se obteve, assim, uma palavra final sobre a questão jurídica da não possibilidade de perda de bens apreendidos se houver transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

A decisão com caráter vinculante é um precedente obrigatório a ser seguido pela corte suprema (eficácia horizontal do precedente) e pelos demais tribunais superiores e inferiores (eficácia vertical do precedente), sinalizando que doravante não haverá discórdia quanto a aplicação do mencionado dispositivo da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

³⁶⁹ Pesquisa realizada em 11-02-2019, no site www.stf.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Transação; Consequências; Penais; Penal.

10.2 Julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é a corte responsável pela uniformização da interpretação da lei federal e, com as novas legislações, sustenta-se ser a corte de precedentes brasileira³⁷⁰. É o tribunal destinado a pacificar as divergências jurisprudenciais sobre a interpretação da lei federal. Sua missão é propiciar segurança sistêmica e não analisar provas de casos concretos e, assim, conferiu-se à mencionada corte a missão de assegurar uma aplicação uniforme do direito federal, sendo uma atribuição de grande relevo em razão do caráter diverso e amplo da federação brasileira (MENDES; BRANCO, 2015, p. 999-1000).

Modernamente vários instrumentos essenciais para a pacificação da interpretação da lei federal foram aportados à legislação brasileira, no entanto, com o Código de Processo Civil atual, constatou-se uma ênfase à missão da corte de precedentes, pois estatuiu-se, como precedentes normativos, os produzidos no recurso especial repetitivo e os entendimentos firmados em incidente de assunção de competência, ao se apreciar questão de direito de grande repercussão social.

Neste diapasão, casos que refletem a instabilidade da jurisprudência e de controvérsia doutrinária são analisados a seguir, pois com a decisão da corte de precedentes, indica-se que ter-se-á segurança jurídica e previsibilidade em relação aos temas tratados.

10.2.1 A aplicação do princípio da consunção no direito penal brasileiro ó Tema 933 ó Superior Tribunal de Justiça

O tema absorção do crime de falsidade documental no cometimento de outro crime, o caso fático e o julgado escolhido é merecedor de análise pelo fato de que a celeuma é antiga e continuou mesmo após a publicação de uma súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁷¹, já que ainda era presente a diversidade de entendimentos até que a questão voltou a ser discutida no mencionado tribunal superior sob a vigência da teoria dos precedentes.

Dos autos do processo consta que no dia dos fatos o acusado apresentou declaração de bagagem com selo autenticador falso no intuito de internalizar produtos estrangeiros sem o

³⁷⁰ Neste sentido: O STJ enquanto corte de precedentes. Luiz Guilherme Marinoni, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

³⁷¹ Súmula 17-STJ: Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvida (28-11-1990).

devido pagamento dos tributos. Assim, vislumbrou-se a incidência dos crimes de falsidade de papéis públicos e de descaminho. Na origem (primeiro grau) houve a rejeição da denúncia pelo crime de falsidade de papéis públicos, pois seria meio para o crime de descaminho, mas diante da falta de justa causa para o processamento do crime remanescente, todo o caso foi arquivado.

Foi interposto recurso pelo Ministério Público Federal que, ainda na origem³⁷², foi negado sob o fundamento de que não fora constatada lesão suficiente para a proposição de demanda quanto ao crime descaminho. Fundamentou-se também que o selo autenticador falso exaure-se totalmente no delito de descaminho (crime-fim), cuja tipicidade foi afastada, não há justa causa para apuração do suposto falso (crime-meio) (BRASIL, STJ, Crime meio, 2013).

O caso chegou ao STJ em sede de Recurso Especial que fora interposto pelo Ministério Público Federal contra o acórdão prolatado pela Justiça Federal do Paraná que, por unanimidade, negou seguimento ao recurso em sentido estrito. Nas razões do recurso, o Ministério Público Federal sustentou, em síntese, que seria inaplicável o princípio da consunção, já que no seu entender a falsificação não é crime meio e sim um crime autônomo, sustentando que o falso não é meio necessário para a prática do delito do art. 334 do Código Penal, este considerado atípico. Fundamentou o recurso afirmando ainda que não há falar em absorção de crime mais gravoso por outro menos gravoso, pois no seu entender a fé pública foi violada (BRASIL, STJ, Crime meio, 2013).

Apresentada as contrarrazões do Recurso Especial o mesmo fora admitido na origem e remetido ao STJ. O processo foi distribuído para a 3ª Seção. Diante da temática e da controvérsia reiterada, o recurso foi submetido ao rito dos recursos repetitivos³⁷³. O julgado, proferido pelo STJ, corte encarregada pela Constituição Federal de 1988 de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, sendo de sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada (BRASIL, STJ, Institucional, 2019). O julgamento ocorreu em 10 de agosto de 2016 e, ao final do julgamento, foi estabelecida a seguinte tese jurídica: Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada (BRASIL, STJ, Crime meio, 2013).

³⁷² Julgamento em segundo grau de jurisdição.

³⁷³ Em 24-06-2015.

A questão central da controvérsia jurídica pode ser assim definida: é possível aplicar o princípio da consunção quando o crime meio tem pena mais grave que o crime fim?

O caso, então, perpassa também pela hipótese dos crimes de falsidade, estelionato e descaminho. Inicia-se pela legislação brasileira. O Código Penal de 1830, quando tratava do crime de estelionato considerava crime a utilização de qualquer artifício fraudulento para obter de outrem sua fortuna ou parte dela. Considerava ainda ser crime o uso de qualquer falsidade para se constituir a outro uma obrigação que não é devida. Note-se que a própria lei já indicava que o meio para obter a vantagem era a falsidade (BRASIL, CP, 1830).

Posteriormente, vigente até os dias de hoje, o Código Penal de 1940 estabeleceu, como crime de estelionato, a conduta de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento (BRASIL, CP, 1940). Constata-se, uma vez mais, que a utilização de um artifício (a falsidade por exemplo) também é considerada meio para o crime fim.

Na literatura especializada o tema, historicamente, é representado pela máxima *lex consumens derogat legi consumptae*. O tema, princípio da consunção, adentra na seara do conflito aparente de normas, pois há uma discórdia sobre a aplicação ou não de dois tipos penais sobre a conduta imputada ao acusado. A dificuldade da aplicação da lei (dos dois tipos penais) ao caso concreto já foi abordada pela doutrina especializada, confira-se:

[...] há, na lei penal, tipos penais mais abrangentes e tipos penais mais específicos que, por visarem à proteção de bens jurídicos diferentes, não se situam numa perfeita relação de gênero para espécie (especialidade), nem se colocam numa posição de maior ou menor grau de execução do crime [...] (TOLEDO, 1994, p. 53).

Como se nota, a literatura penal resolve a celeuma com a aplicação do princípio da consunção de forma objetiva, afirmando que ãum tipo descarta o outro porque consome ou exaure o seu conteúdo proibitivo, isto é, porque há um fechamento material (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 697). Destarte, como no caso mencionado acima, o crime meio é consumido pelo crime fim, já que desejava, o acusado, desde o princípio, aquela finalidade e, o crime meio, foi cometido para atingir a mencionada finalidade. Ora, ãa atividade delituosa, ao passar de um *minus* a um *majus*, viola diversos textos legais, dos quais um absorve e consome o outro (COSTA JUNIOR, 2005, p. 29). É importante ressaltar que o sistema penal brasileiro não proíbe a punição em uma única sanção de pluralidades de condutas, como nos casos do

antefato e do pós-fato impuníveis, sendo que o mesmo ocorre nas hipóteses da aplicação do princípio da consunção (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 790).

Mesmo assim, ao longo dos anos constatou-se que não houve pacificação do tema na doutrina e nos tribunais, pois conforme pesquisa realizada no site eletrônico do STJ³⁷⁴, foram encontrados 62 documentos referente ao tema, sendo o mais antigo em 13 de fevereiro de 1990. A diversidade de entendimentos ocorre pelo fato de que a legislação não é expressa no sentido de ser o crime de falsidade um meio necessário para os crimes de descaminho ou de estelionato. O ponto crucial também é a posição de que não seria possível aplicar o princípio da absorção³⁷⁵ pelo fato de que as penas dos crimes de estelionato e de descaminho serem inferiores em comparação com a pena isolada dos crimes de falsidade. Tais divergências causam instabilidade, pois vários casos semelhantes foram decididos de forma distinta, uns aplicando o princípio da consunção e outros processando isoladamente o crime de falsidade, ou seja, o sistema era incerto quanto ao tema.

A decisão proferida nos termos da teoria dos precedentes trouxe segurança e isonomia na aplicação do direito pelo Poder Judiciário nacional, pois a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, apresentou a interpretação que deve ser seguida, sem margem de dúvidas. A controvérsia jurídica, portanto, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode ser respondida objetivamente nos seguintes termos:

É possível aplicar o princípio da consunção quando o crime meio tem pena mais grave que o crime fim? Sim. A análise não deve ser realizada no quesito punição, mas se o conteúdo do injusto principal consome o conteúdo do injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (e não necessário) de realização do tipo consumidor, ou seja, é irrelevante que a pena em abstrato cominada ao tipo consumido seja superior àquela imposta ao tipo consumidor (BRASIL, STJ, Crime meio, 2013).

Novamente, demonstrando a eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa³⁷⁶, constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STJ.

Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica da aplicação do princípio da consunção aos crimes que envolvam a falsidade como etapa (meio)

³⁷⁴ Pesquisa realizada em 23-11-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Falso; documento; absorção.

³⁷⁵ Comumente a doutrina utiliza as duas terminologias: consunção e absorção.

³⁷⁶ Pesquisa realizada em 25-01-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Falso; Documento; Absorção.

para a consecução do crime fim (estelionato e descaminho). E foi a palavra final sobre o assunto pelo fato de que foi uma decisão em sede de Recurso Especial sob o rito de demandas repetitivas, com caráter vinculante, obrigatório, que deve ser seguido pelas demais cortes brasileiras.

10.2.2 O furto privilegiado e qualificado previsto no artigo 155, §§ 2º e 4º do Código Penal brasileiro ó Tema 561 ó Superior Tribunal de Justiça

O tema õpossibilidade de configuração do furto como privilegiado e qualificadoö, o caso fático e o julgado escolhido merece uma análise detida, pois, como no caso levantado acima, há discussões tanto na seara doutrinária como na jurisprudencial. Casos semelhantes foram decididos inúmeras vezes pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁷⁷, no entanto, as controvérsias ainda persistiam até que a questão aportou no mencionado tribunal superior sob a vigência da teoria dos precedentes.

Do acórdão pode-se extrair que o acusado foi condenado em primeiro grau de jurisdição pela prática de crime de furto qualificado e a tese defensiva de aplicação do disposto no artigo 155, §2º do Código Penal brasileiro foi afastada, sob o fundamento de que õa gravidade do delito afigura-se incompatível com as consequências muito brandas do privilégioö (BRASIL, STJ, Furto, 2012).

Foi interposto recurso que foi negado pela corte local, sob o fundamento de que há impossibilidade diante da posição topográfica dos parágrafos no sentido de que se õquisesse o legislador a incidência do privilégio à ação qualificada e certamente a topologia da norma de privilégio estaria colocada de modo a evidenciar a postura legislativaö. O fundamento também de negativa do apelo foi pelo fato de que há õincompatibilidade entre os preceitos, sendo certo que no furto qualificado estão presentes circunstâncias subjetivas e objetiva e que aumentam o vulto do crimeö e, portanto, maior periculosidade do agente e maior o dano experimentado (BRASIL, STJ, Furto, 2012).

O caso chegou ao STJ em sede de Recurso Especial no qual o recorrente alegou a existência de õdivergência jurisprudencial em torno da aplicação do art. 155, § 2º, do Código Penalö. No recurso foram apresentadas contrarrazões. Nas razões do recurso, o recorrente

³⁷⁷ No voto condutor do julgado que estabeleceu a tese jurídica que será apresentado adiante, há a justificativa com a transcrição de inúmeras ementas de julgados sobre o tema (STJ, REsp n. 1193194-MG).

sustentou a existência de divergência jurisprudencial em torno da aplicação do art. 155, § 2º, do Código Penal e pleiteou que fosse reconhecido o privilégio no furto qualificado pelo concurso de pessoas, com a redução respectiva da pena (BRASIL, STJ, Furto, 2012). Nas contrarrazões do recurso, o recorrido pugnou pela manutenção do acórdão hostilizado.

O processo foi distribuído para a 3ª Seção e a ministra relatora ao receber o caso e analisá-lo constatou a existência de divergência dentro do STJ, razão pela qual afetou o caso para que o julgamento ocorresse sob o rito do art. 543-C do CPC³⁷⁸, de sorte a permitir maior abrangência e efetividade de seus efeitos (BRASIL, STJ, Furto, 2012). O julgamento ocorreu em 22 de agosto de 2012 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica:

[...] Afirma-se absolutamente possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado (CP, art. 155, § 4º), máxime se presente qualificadora de ordem objetiva, a primariedade do réu e, também, o pequeno valor da res furtiva [...] (BRASIL, STJ, Furto, 2012).

A controvérsia jurídica levada à corte de precedentes é assim delineada: o privilégio trazido pelo § 2º do art. 155 do CP é incompatível com o tipo do furto qualificado em face da maior gravidade da conduta neste considerada?

Destarte, necessária a análise detida da controvérsia. Começa-se pela legislação brasileira. No Código Penal de 1830 o furto era previsto como a conduta de tirar a coisa alheia contra a vontade de seu dono, para si, ou para outro, conforme artigo 257 e não havia a previsão de nenhuma figura privilegiada (BRASIL, CP, 1830). Já o Código Penal de 1890, no artigo 330, dispunha que furto era subtrair para si, ou para outrem, coisa alheia móvel, contra a vontade do seu dono, mas as punições eram diferenciadas de acordo com o valor da res furtada, ou seja, havia penas mais baixas se o valor da *res* era baixo (BRASIL, CP, 1890).

O Código Penal de 1940, no artigo 155, estabeleceu que furto é a subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel e, atualmente, a estrutura do crime do furto é dividida em furto simples, majorado, privilegiado e qualificado. O furto privilegiado ocorre se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada. Já o furto qualificado ocorre quando os meios empregados (rompimento de obstáculo, abuso de confiança, mediante fraude, escalada ou destreza, emprego de chave falsa, mediante concurso de pessoas, emprego de explosivo) demonstram maior audácia e reprovabilidade da conduta do acusado, merecendo, pois, maior punição. Será qualificado também de acordo com o objeto material furtado (semovente, veículo

³⁷⁸ Trata-se do antigo Código de Processo Civil.

automotor, explosivo) que, por política criminal, o legislador impôs pena mais severa (BRASIL, CP, 1940).

Na literatura especializada a controvérsia reside na possibilidade de o furto ser privilegiado ainda que qualificado, ou seja, a coexistência da figura privilegiada (causa de diminuição de pena a ser aplicada à pena prevista no *caput* do artigo) com a figura qualificada (com uma pena mais severa e diversa da estipulada no *caput* do artigo). Doutrinariamente há duas posições em destaque. A primeira, contra a coexistência, tem seu fundamento na posição topográfica dos parágrafos do artigo 155 do Código Penal e, sendo assim, o parágrafo que dispõe sobre o furto privilegiado (§2º) só pode ser aplicado aos parágrafos que o antecede, v.g., o *caput* e o §1º do mesmo artigo (NORONHA, 2000, p. 252-253).

A segunda, a favor da existência da figura do furto qualificado privilegiado se sustenta, em princípio, na falta de vedação legal, tal como ocorre na figura do crime de homicídio qualificado privilegiado já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal³⁷⁹. De outro lado, parte da doutrina que reconhece a possibilidade da existência da figura qualificada privilegiada argumenta que a questão não se trata de compatibilidade ou não, mas sim de adequar a pena em atenção ao princípio da individualização da pena.

Neste sentido confira-se:

[...] embora a figura privilegiada venha disposta no art. 155, §2º, antes, portanto, do furto qualificado, é possível sua compatibilidade com este crime, devendo tal critério nortear o juiz também na individualização da pena mais justa e adequada à situação e ao comportamento do agente no furto qualificado. Isto se justifica porque, a par de não existir vedação legal, não se pode perder de vista que o pequeno valor da coisa não se liga, necessariamente, ao furto simples, mas tipo penal de furto [...] (MOURA; SAAD, 2007, p. 785).

Verifica-se, pois, que a questão é intrincada e, sem uma decisão norteadora, as divergências permanecem e serão infundáveis como ocorre na filosofia. Ora, constata-se que, mesmo com os avanços da legislação penal, das discussões doutrinárias e inúmeras decisões judiciais³⁸⁰, ao longo dos anos não houve pacificação do tema. Importante notar que no início do julgamento pelo STJ, a Ministra Relatora, no voto condutor, alertou que o tema da coexistência do furto privilegiado com a figura qualificada é controvertido e que ão se desconhece das decisões desta Corte no sentido de não se permitir referida aplicação em

³⁷⁹ Habeas Corpus n. 97034-MG, Rel. Ministro Ayres Brito, julgado em 06-04-2010.

³⁸⁰ Confira o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, no qual lança inúmeras ementas de julgados sobre o tema (STJ, REsp n. 1193194-MG).

qualquer hipótese, tendo o acórdão, a propósito, se servido de alguns julgados no mesmo sentido (BRASIL, STJ, Furto, 2012).

Tal divergência da jurisprudência se confirma na pesquisa realizada no site eletrônico do STJ³⁸¹, na qual foram encontrados 239 documentos referente ao tema, sendo que o mais antigo data de 06 de abril de 1993. Um dos julgados, o mais antigo citado acima, não reconhece a possibilidade de coexistência do furto privilegiado e qualificado sob o fundamento de que a existência de ilícito com incidência de qualificadora afasta, de per se, a possibilidade da incidência do crime privilegiado (BRASIL, STJ, Furto qualificado não privilegiado, 1993).

Um outro julgado, mais recente, porém antes da análise pelo STJ em demanda repetitiva, reconheceu a possibilidade de o furto ser qualificado e privilegiado sob o fundamento de que a Terceira Sessão desta Corte decidiu não haver incompatibilidade entre o furto privilegiado e o qualificado, desde que o réu seja primário, a res furtiva de pequeno valor, as qualificadoras de ordem objetiva e o fato delituoso não possua maior gravidade (BRASIL, STJ, Furto qualificado e privilegiado, 2012).

Toda controvérsia decorre, em princípio, de a legislação omitir-se sobre o tema, já que não há proibição expressa, bem como não há indicativo de que é possível, extraindo-se dos julgados acima mencionados que o fundamento é no sentido de que é possível (não há proibição legal) e outro no sentido de que não é possível (há incompatibilidade entre o privilégio concedido pelo legislador e a punição mais severa estipulada ao furto qualificado). Assim, não saber qual é a exata interpretação do texto legal gera o conflito aparente das normas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 155 do Código Penal brasileiro, enfraquecendo o sistema penal e processual penal, pois decisões sobre casos similares foram proferidas em posições antagônicas.

Mas, após a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, foi apresentada a interpretação que deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações e, assim, todos os casos serão decididos de forma isonômica, bem como haverá previsibilidade para o cidadão brasileiro, bem como para todos os juristas. Destarte, a controvérsia jurídica em destaque, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode ser respondida objetivamente, sem margem para interpretações diversas, assim:

O privilégio trazido pelo § 2º do art. 155 do CP é incompatível com o tipo do furto qualificado em face da maior gravidade da conduta neste considerada? Não. É

³⁸¹ Pesquisa realizada em 23-11-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Furto; Qualificado; Privilegiado.

possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal nos casos de furto qualificado.

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa³⁸², constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STJ. Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final que afastou a insegurança jurídica que existia quanto ao tema, pois juízes e tribunais decidiam sem um norte diante da divergência doutrinária e jurisprudência, o que não pode mais ocorrer.

10.2.3 A fixação da pena abaixo do mínimo legal ó Tema 190 ó Superior Tribunal de Justiça

O tema õpossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legalõ, o caso fático e o julgado escolhido é digno de nota quanto à teoria dos precedentes. A temática redonda em discussões intermináveis na seara doutrinária, bem como a dissidência no campo jurisprudencial é enorme, pois casos semelhantes foram decididos inúmeras vezes pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)³⁸³, mas as controvérsias ainda persistiam até que a questão foi levada a julgamento no mencionado tribunal superior sob a vigência da teoria dos precedentes.

Analisando o acórdão³⁸⁴ se extrai que o acusado foi condenado em primeiro grau pela prática do crime de estupro. Não concordando com a condenação, o acusado interpôs recurso pleiteando sua absolvição. No julgamento do apelo, o tribunal de segundo grau deu parcial provimento ao recurso reduzindo a pena sob o fundamento de que a confissão do acusado é atenuante obrigatória e, assim, pode-se reconhecê-la de ofício (BRASIL, STJ, Pena, 2011).

O caso chegou ao STJ em sede de Recurso Especial no qual o recorrente, o Ministério Público Estadual, sustentou, em síntese, que a existência de divergência jurisprudencial, bem como a õviolação aos arts. 59, inciso II, 65, 68, *caput*, e 213 do Código Penal, diante da impossibilidade de a pena ser fixada abaixo do mínimo legal em razão de atenuantesõ. Foram apresentadas contrarrazões (BRASIL, STJ, Pena, 2011).

³⁸² Pesquisa realizada em 24-01-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Furto; Privilegiado; Qualificado.

³⁸³ Na pesquisa realizada no site www.stj.jus.br obtém-se 788 documentos disponíveis sobre o tema (BRASIL, STJ, Pena, 2018).

³⁸⁴ REsp n. 1.117.073-PR.

O processo foi distribuído para a 3ª Seção e a ministra relatora, diante da afetação sob o rito do art. 543-C do antigo código de processo civil, determinou a comunicação do acórdão aos tribunais de segunda instância para o cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do citado código (BRASIL, STJ, Pena, 2011). O julgamento ocorreu em 26 de outubro de 2011 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica: o critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal (BRASIL, STJ, Pena, 2011).

A questão central da controvérsia jurídica é limitada, qual seja: é possível reduzir a pena abaixo do mínimo legal fixado abstratamente diante da existência de atenuantes?

Na doutrina, há duas posições em destaque sobre a controvérsia. A primeira, a favor, tem seu fundamento no princípio da individualização da pena, sustentando que não há justificção para negar o pleito, já que o sistema político contido na lei não é expresso, ou seja, não nega que a pena possa ir abaixo do mínimo legal previsto abstratamente. Destarte, sustenta-se, nada õjustifica a estipulação de um mínimo legalõ para a pena a ser aplicada, uma vez que tal fere o poder equitativo que é conferido ao juiz na individualização da pena (FERRAJOLI, 2010, p. 370).

A segunda, contra, é fundada no princípio da legalidade sob o aspecto de se evitar o arbótrio judicial. Argumenta-se que se não houvesse os marcos mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador, poder-se-ia abrir-se a possibilidade de chegar-se à pena zero. Sustenta-se que há de se respeitar os limites propostos pelo código, pois õa aplicação das circunstâncias legais haverá de respeitar sempre os limites punitivos expressos no tipo. E, por fim, alega-se que a adoção de posicionamento diverso equivaleria a trocar a certeza do direito pelo arbótrio judicialõ (COSTA JÚNIOR, 1989, p. 358).

Há, então, grandes divergências de argumentos e, sem uma regra orientadora, as disparidades de entendimento permanecem, causando insegurança jurídica. De outro lado, constata-se que, mesmo com os avanços das discussões doutrinárias e inúmeras decisões judiciais³⁸⁵ ao longo dos anos, não houve pacificação sobre o tema. De outro lado, no início do julgamento pelo STJ a ministra relatora, no voto condutor, asseverou que õé firme o

³⁸⁵ Confirma o voto da Ministra Laurita Vaz, no qual lança ementa de julgado sobre o tema, bem como fundamenta seu voto na existência da Súmula 231 que foi editada diante de inúmeros julgados anteriores sobre a controvérsia (STJ, REsp n. 1.117.073-PR).

entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n. 231 desta Corte Superior³⁸⁶ (BRASIL, STJ, Pena, 2011).

No entanto, a divergência jurisprudencial se confirma em uma pesquisa realizada no site eletrônico do STJ³⁸⁶, pois foram encontrados 788 documentos referente ao tema, sendo que o mais antigo data de 09 de dezembro de 1996. Um dos julgados, o mais antigo citado acima, reconhece a possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal sob o fundamento de que reduzir a pena é atender o princípio da individualização da pena, consagrando a máxima de que a justiça atribui a cada um o que é seu! A pena correta é direito do condenado (BRASIL, STJ, Pena abaixo do mínimo, 1996).

Um outro julgado, mais recente, porém antes da análise pelo STJ em demanda repetitiva, negou a possibilidade de a pena ser reduzida abaixo do mínimo legal em razão do reconhecimento de atenuantes, sob o fundamento de que é sólida a jurisprudência de que é inviável a fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica³⁸⁶ (BRASIL, STJ, Pena não abaixo do mínimo legal, 2018).

A discórdia ocorre, com efeito, pelo fato de que a legislação abre espaço para a interpretação de que é possível a redução, já que o artigo 65, *caput*, do Código Penal brasileiro vigente é expresso, ao dispor sobre as atenuantes, que são circunstâncias que **sempre** atenuam a pena³⁸⁶ (grifou-se) (BRASIL, CP, 1940). Isso permite, com efeito, a diversidade de interpretação sobre a temática, pois a determinação mencionada entra em conflito com o disposto no artigo 59, I, do mencionado código, que determina ao juiz a aplicação da pena dentre as cominadas, ou seja, dentro de seus limites abstratamente estabelecidas pelo código. Destarte, não é possível, pela análise dos dispositivos, saber qual é a interpretação vigente diante do conflito aparente das normas previstas no artigo 59, I e o artigo 65, *caput*, ambos do Código Penal brasileiro e, tal controvérsia, enfraquece o sistema brasileiro.

Assim, com a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva nos termos da teoria dos precedentes, apresentou-se ao mundo jurídico a interpretação que deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações, trazendo segurança jurídica ao sistema. Assim, a controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente

³⁸⁶ Pesquisa realizada em 24-11-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Pena; Abaixo; Mínimo; Legal.

vinculativo e obrigatório, pode ser respondida objetivamente, sem margem para interpretações diversas. Senão vejamos:

É possível reduzir a pena abaixo do mínimo legal fixado abstratamente diante da existência de atenuantes? Não. Não é possível a redução da pena abaixo do mínimo legal em razão do reconhecimento de atenuantes, pois o legislador indicou ao juiz que a pena deve ser aplicada dentro das reprimendas cominadas, a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (inciso II do art. 59 do Código Penal) (BRASIL, STJ, Pena, 2011).

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa³⁸⁷, constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STJ. Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final que afastou a insegurança jurídica que existia quanto ao tema, pois juízes e tribunais decidiam sem um norte diante da divergência doutrinária e jurisprudencial.

10.2.4 A consumação do crime de roubo ó Tema 916 ó Superior Tribunal de Justiça

A problemática sobre o momento consumativo do crime de roubo, o caso fático e o julgado escolhido trazem ao debate importante controvérsia que perdura por longos anos na doutrina e na jurisprudência brasileiras, inclusive, presente a diversidade de entendimentos até que a questão chegou a ser discutida no Superior Tribunal Justiça (STJ), sob a vigência da teoria dos precedentes.

Dos autos do recurso consta que o acusado foi condenado em primeira instância pela prática do crime de roubo consumado. Interposto recurso de apelação pela defesa, houve provimento pela câmara criminal do tribunal de segundo grau desclassificando a conduta para a prática de crime de roubo tentado (BRASIL, STJ, Roubo, 2015).

Diante o provimento do recurso, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso Especial argumentando que houve expressa contrariedade à lei federal, já que violou o disposto nos artigos 14, I, e 157, ambos do Código Penal brasileiro. Argumentou-se que o crime de roubo é consumado no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que não obtenha a posse tranquila, sendo prescindível que o objeto saia da esfera de vigilância da vítima. Em manifestação já no STJ, a Defensoria Pública manifestou-se no

³⁸⁷ Pesquisa realizada em 01-02-2019, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Pena; Abaixo; Mínimo; Legal.

sentido de que o crime não foi consumado, pois o crime será tido como consumado somente quando atingir o bem jurídico tutelado, na sua integralidade" (BRASIL, STJ, Roubo, 2015).

O Recurso Especial foi admitido pelo tribunal de justiça e remetido ao STJ. O processo foi distribuído para a 3ª Seção e o ministro relator, determinou que o recurso fosse processado como representativo da controvérsia, conforme preceituava o art. 543-C do antigo Código de Processo Civil (BRASIL, STJ, Roubo, 2015). O julgamento ocorreu em 14 de outubro de 2015 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica:

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada (BRASIL, STJ, Roubo, 2015).

A questão central da controvérsia jurídica pode ser assim definida: para a consumação do crime de roubo é necessária a posse mansa e pacífica da *res* em posse do agente?

Analisa-se inicialmente o tema em debate pela legislação brasileira. O Código Penal de 1830 limitava-se a afirmar que seria roubo a conduta de roubar, isto é, furtar, fazendo violência à pessoa, ou às coisas (BRASIL, CP, 1830). A redação do Código Penal de 1890³⁸⁸ sobre o crime de roubo é muito parecida da que temos hoje no código vigente. No entanto, no artigo 360 estipulava que a tentativa de roubo, quando se tiver realizado a violência, ainda que não se opere a tirada da coisa alheia, será punida com as penas do crime, si della resultar a morte de alguém, ou à pessoa offendida alguma lesão corporal das especificadas no art. 304, ou seja, trouxe expressamente que o crime de roubo não seria consumado quando a coisa não fosse tirada da vítima e, interpretando a contrário senso, o crime poderia ser considerado consumado quando a coisa alheia fosse retirada da vítima (BRASIL, CP, 1890).

Já o Código Penal de 1940 trata apenas de descrever a conduta do roubo como sendo a de subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência. Na parte geral, do mencionado código, há a regra geral para tratar dos crimes consumados, pois afirma-se, no artigo 14, II, que o crime será tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (BRASIL, CP, 1940).

³⁸⁸ Art. 356. Subtrahir, para si ou para outrem, coisa alheia movel, fazendo violencia á pessoa ou empregando força contra a cousa (BRASIL, CP, 1890).

Na literatura especializada o tema é conturbado, pois várias posições durante a história se formaram. Primeiro dizia-se que o crime estaria consumado somente com o toque material na *res* (*concrectatio*). Posteriormente exigiu-se, para se configurar o crime consumado a remoção da coisa de lugar (*amotio*) e, em seguida, outra corrente doutrinária acrescentou que a coisa deveria ser tocada, retirada do local e da esfera de disponibilidade da vítima (*ablatio*) e, por fim, a doutrina da posse mansa e pacífica da *res* em posse do agente (*ilatio*) (BRASIL, STJ, 2015).

Das teorias mencionadas acima, pode-se dizer que predominava aquela que considerava o crime consumado quando ocorria a deslocação da coisa, "mas de modo que está se transfira para a posse exclusiva do ladrão". Portanto, deveria ocorrer o afastamento da coisa do poder da vítima aliado com um estado tranquilo, ainda que transitório, de posse da *res* pelo agente (HUNGRIA, 1955, p. 23). De outro lado, havia posição doutrinária, de expressão, que considerava o crime de roubo consumado quando, após a subtração, a coisa fosse levada para a posse do agente, ou seja, ãosomente estará consumado o furto³⁸⁹ quando a coisa for tirada da esfera de vigilância do sujeito passivo, do seu poder de fato, submetendo-a o agente ao próprio poder autônomo de disposição" (FRAGOSO, 1986, p. 267).

Digna de nota é a seguinte passagem no voto do ministro relator do caso analisado. Confira-se:

[...] basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo. Assim, se o autor da subtração está em fuga, ainda que perseguido logo após o roubo, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si [...] (BRASIL, STJ, 2015).

Portanto, afirma-se que o momento consumativo não é a posse mansa e pacífica da *res*, pois basta que a vítima tenha cessada a posse na coisa pela intervenção do agente. Enfim, mesmo com entendimentos doutrinários e inúmeros julgados, ao longo dos anos, constatou-se que não houve pacificação do tema na doutrina e nos tribunais, pois conforme pesquisa realizada no site eletrônico do STJ³⁹⁰, foram encontrados 411 documentos referente ao tema, sendo o mais antigo em 20 de novembro de 2001.

³⁸⁹ E o roubo também.

³⁹⁰ Pesquisa realizada em 24-11-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Roubo; Momento; Consumação.

A discórdia se dá, portanto, pelo fato de que, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não havia um norte objetivo a ser considerado como marco da consumação, pois como visto, a subtração da coisa e sua retirada da esfera de disponibilidade da vítima são fases necessárias para as duas correntes, doutrinária e jurisprudencial, no entanto, para uma, tais fases já configurariam a consumação do crime e, para outra, seria, ainda necessária a posse mansa e pacífica da coisa pelo agente.

Assim, aplicando-se a teoria dos precedentes possibilitou-se a segurança jurídica, pois a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, apresentou a interpretação que deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações, trazendo segurança jurídica ao sistema. A controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode ser respondida objetivamente, sem margem para interpretações diversas. Confira-se:

Para a consumação do crime de roubo é necessária a posse mansa e pacífica da res em posse do agente? Não. Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (BRASIL, STJ, Roubo, 2015).

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa³⁹¹, constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, apenas duas reclamações foram propostas diante do descumprimento da decisão do STJ. Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica do momento consumativo do crime de roubo, qual seja, a inversão da posse ainda que por breve espaço de tempo já configura crime consumado e não tentado. É a palavra final sobre o tema, já que foi uma decisão em sede de Recurso Especial sob o rito de demandas repetitivas, com caráter vinculante, obrigatório que deve ser seguido pelas demais cortes brasileiras.

10.2.5 A ação penal no crime de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica

ó Tema 177 ó Superior Tribunal de Justiça

³⁹¹ Pesquisa realizada em 25-01-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Roubo; Momento; Consumação.

A violência doméstica permeia os lares brasileiros há muito tempo. A legislação brasileira historicamente tratou a mulher com desprezo, talvez um reflexo do machismo cultural que foi vigente por longas décadas, quicá séculos (SILVA, 2013, p. 64). No entanto, hodiernamente mecanismos estão sendo construídos no Brasil para erradicar tal mal da sociedade. Neste ponto a Lei Maria da Penha³⁹² é um alento, pois especializou a matéria e trouxe inúmeros instrumentos³⁹³ para repelir a agressão contra a mulher. Passados mais de dez anos da vigência da mencionada lei, constatou-se um grande número de casos³⁹⁴ perante o Poder Judiciário e, assim, controvérsias doutrinárias e jurisprudências surgiram. Sobre a as controvérsias na aplicação da mencionada lei, uma divergência que despontou foi quanto a ação penal. A problemática cinge-se na questão de ser ação penal pública condicionada à representação da ofendida ou pública incondicionada nos casos de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a resolver a questão e, depois de muitos debates e vários casos julgados³⁹⁵, a questão foi afetada como representativa de controvérsia e, ao final do julgamento³⁹⁶ foi fixada a tese nos seguintes termos: ãa ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima (BRASIL, STJ, Ação penal, 2009).

Posteriormente, foi suscitada questão de ordem que foi autuada como petição e distribuída para outro ministro relator³⁹⁷. A questão posta pelo ministro foi a de revisão da tese fixada no Tema 177, transcrita acima, ãem razão do julgamento de tese, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal³⁹⁸, em sentido oposto à firmada por esta Corte Superior de Justiça acerca da natureza da ação penal nos crimes de lesão corporal cometidos contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (BRASIL, STJ, Ação penal, 2016).

Com a afetação³⁹⁹ da questão de ordem, passou o caso a tramitar perante a 3ª Seção do STJ. O ministro relator argumentou que a decisão do Supremo Tribunal Federal, mencionada acima, foi proferida em ãação de controle concentrado, com efeito erga omnes e acolheu ãtese

³⁹² Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

³⁹³ Assistência jurídica à vítima; Atendimento Multidisciplinar; Medidas protetivas à vítima.

³⁹⁴ Em 2017 foram registrados 452.988 novos casos perante o Poder Judiciário (BRASIL, CNJ, Maria da Penha, Relatório, 2018).

³⁹⁵ O Ministro Relator aponta a ãmultiplicidade de apelos especiais que veiculam a matéria (REsp n. 1.097.042)

³⁹⁶ REsp n. 1.097.042, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

³⁹⁷ Ministro Rogério Schietti Cruz, Petição n. 11.805-DF.

³⁹⁸ ADI n. 4.424-DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe 1º/4/2014.

³⁹⁹ Em 16-11-2016.

oposta à jurisprudência consolidada desta Corte, sendo necessária a pronta correção do Tema 177 (BRASIL, STJ, Ação penal, 2016). O julgamento da questão de ordem ocorreu em 10 de maio de 2017 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica: A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada (BRASIL, STJ, Ação penal, 2016).

Apresentado o caso, passa-se a analisar a controvérsia jurídica. Em primeiro lugar, deve ser realizada uma análise da legislação. Com efeito, a Lei Maria da Penha, no artigo 41, dispõe que os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995⁴⁰⁰ (BRASIL, Lei Maria da Penha, 2006).

Tal dispositivo foi idealizado devido às medidas informais que vigem nos juizados especiais criminais. Com efeito, na elaboração da lei em comento, o parlamento apontou como justificativa para o afastamento da aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a ineficácia das reprimendas que são impostas, pois 90% dos casos sequer havia a aplicação de pena, pois eram arquivados, o que acarretava prejuízo à vítima e sua família. Destarte, justificou-se aplicar-se as regras gerais e não as regras informais em face ao fracasso operacional, dogmático e de política criminal dos denominados juizados especiais criminais no específico âmbito da violência aqui tratada. Não obstante, parte da doutrina foi contra o afastamento, do âmbito de incidência da Lei Maria da Penha, dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, inclusive pleiteando a declaração de inconstitucionalidade⁴⁰¹ da legislação em análise (CHOURK, 2011, 370-373).

Na jurisprudência do STJ haviam divergências, pois parte dos Ministros⁴⁰² entendiam que a hipótese prevista no artigo 41 da Lei n. 11.340/2006 restringia-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras e não do regramento atinente às ações penais que são estipuladas pelo Código Penal e o Código de Processo Penal vigentes (BRASIL, STJ, Ação penal condicionada, 2010). De outro lado, alguns Ministros⁴⁰³ argumentavam em seus votos a não incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, sob a vigência da Lei Maria da Penha, sob o fundamento no direito da mulher em renunciar ao direito de representar criminalmente

⁴⁰⁰ Lei dos Juizados Especiais Criminais.

⁴⁰¹ ADI n. 4424, Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Marco Aurélio.

⁴⁰² STJ, REsp n. 1097042.

⁴⁰³ STJ, HC n. 110.961/RS.

contra seu algoz, aplicando-se, por conseguinte, o disposto no artigo 16 da Lei Maria da Penha, que dispõem ser possível a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público (BRASIL, Planalto, Lei Maria da Penha, 2006).

Na literatura especializada a divergência também persistia, parte considerando a ação penal pública condicionada à representação do ofendido e parte considerando pública incondicionada. Aquela argumenta que a representação continua exigível nos crimes de lesões corporais mesmo ante a qualificadora do §9º do art. 129 do Código Penal brasileiro, visto que, apesar de ser também medida despenalizadora, ela concorre em favor da vítima, outorgando-lhe o poder de decidir acerca da instauração do processo contra o acusado (PORTO, 2007, p. 44). No mesmo sentido, argumentou-se também que reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela (CORRÊA, 2010, p. 54).

Esta, ou seja, de que a ação penal deve ser considerada pública incondicionada, fundamenta sua tese no sentido de que não se pode deixar a conveniência e oportunidade para o oferecimento da ação penal⁴⁰⁴, nas mãos das vítimas de violência doméstica, pois se assim for, não se rompe o silêncio, o medo que perdurou por décadas e séculos de violência contra a mulher nos lares brasileiros. E mais, os delitos domésticos não podem ser considerados de pequeno potencial ofensivo, impositivo que a tutela assegurada pela Lei se torne efetiva, cabendo ao agente ministerial assumir a ação penal (DIAS, 2012, p. 2).

Apesar de a Lei Maria da Penha ser clara no sentido de que não se aplicam os dispositivos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a discordância ocorria tanto na literatura especializada quanto na jurisprudência, conforme apresentado acima. Assim, a celeuma perdurou por longos anos e chegou ao STJ que apresentou uma tese e, posteriormente a reformulou. No entanto, a instabilidade enfraqueceu o sistema de proteção à mulher e, a legislação especial de proteção à mulher, correu o risco de se tornar inaplicável.

Com a teoria dos precedentes se deu operabilidade à *mens legis* de proteção à mulher, pois a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, apresentou a interpretação

⁴⁰⁴ O oferecimento da ação penal é posterior à representação do ofendido pelo Ministério Público que é o titular da ação penal.

que deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações, trazendo segurança jurídica ao sistema. Sobre a controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode-se responde-la objetivamente, sem margem para interpretações diversas. Veja-se:

A ação penal nos casos de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher é pública condicionada à representação da ofendida ou pública incondicionada? Não. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública incondicionada (BRASIL, STJ, Ação penal, 2016).

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa⁴⁰⁵, constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, nenhuma reclamação foi proposta diante do descumprimento da decisão do STJ.

Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica, qual seja, que a ação penal nos crimes de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher é pública incondicionada. Repita-se que se trata da palavra final pelo fato de que foi uma decisão em sede de Recurso Especial sob o rito de demandas repetitivas, ou seja, a decisão tem caráter vinculante, ou melhor, é um precedente obrigatório a ser seguido pela corte superior de justiça (eficácia horizontal do precedente) e pelos tribunais inferiores (eficácia vertical do precedente).

10.2.6 O estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro ó Tema 918 ó Superior Tribunal de Justiça

O tema òcrime sexual envolvendo criança e adolescenteö, o caso fático e o julgado escolhido é de grande relevância para o presente estudo, pois constata-se a evolução da legislação, a discórdia na literatura especializada e, por fim, um dissídio jurisprudencial nos tribunais brasileiros⁴⁰⁶ até que a questão chegasse ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob a vigência da teoria dos precedentes.

Os fatos que constam dos autos do processo apontam que o acusado mantinha laços de amizade com a família da vítima, inclusive pernoitava na residência e era considerado pessoa

⁴⁰⁵ Pesquisa realizada em 08-02-2019, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Violência doméstica; Ação penal.

⁴⁰⁶ Neste sentido confira-se: Interessa, por fim, notar que esta gama de crimes é a que mais tem se alterado na sua interpretação judicial, no que diz respeito ao s significado de determinadas condutas, diante a postura ética da sociedade (LOPES, 2012, p. 13).

de confiança. A mãe da vítima desconfiou que a vítima tivera relações sexuais com o acusado e, diante do resultado de exames médicos, a vítima narrou que foi abusada sexualmente pelo acusado e que era perseguida pelo mesmo desde quando tinha 9 anos de idade. Ao final das investigações constatou-se que a última relação sexual foi mantida quando a vítima ostentava de 13 anos, inclusive, que acusado e vítima estavam namorando.

Inicialmente o acusado foi condenado pela prática de estupro de vulnerável, mas foi interposto recurso, ainda na origem, que foi provido sob o fundamento de que:

[...] das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetuoso e sexual entre acusado (solteiro, 25 anos) e vítima (menor de 14 e anos), bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP. As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime. [...] Dessa forma, afastado a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta [...] (BRASIL, STJ, Estupro, 2019).

O caso chegou ao STJ em sede de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Piauí contra o acórdão prolatado pelo tribunal daquele estado que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação da defesa. Nas razões do recurso, o Ministério Público alegou violação ao texto do artigo 217-A, do Código Penal brasileiro sob o argumento de que "o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despidendo o consentimento da vítima" (BRASIL, STJ, Estupro, 2015).

Nas contrarrazões do recurso, o recorrido pugnou pela manutenção do acórdão impugnado sob a argumentação de que "deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido" (BRASIL, STJ, Estupro, 2015).

O processo foi distribuído para a 3ª Seção do mencionado tribunal superior. É importante frisar, neste momento, que cabe à mencionada seção processar e julgar os feitos relativos à matéria penal em geral, salvo os casos de competência originária da Corte Especial e os habeas corpus de competência das Turmas que compõem a Primeira e a Segunda Seção.

conforme artigo 9º, §3º, do Regimento Interno do mencionado tribunal superior. Ao receber o caso, o ministro relator afetou⁴⁰⁷ o caso, nos termos do artigo 543-C, do antigo código de processo civil, para tramitar sob o rito dos recursos repetitivos.

O julgamento ocorreu em 26 de agosto de 2015 e, ao final, foi fixada a seguinte tese jurídica:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (BRASIL, STJ, Estupro, 2015).

As controvérsias jurídicas são: (i) a idade da vítima deve ser analisada sob a ótica de presunção absoluta ou relativa? (ii) o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com seu algoz afastam a ocorrência do crime?

Para iniciar-se a abordagem, é importante apresentar uma justificativa, conforme editorial publicado sobre o tema. Confira-se:

[...] como se sabe, a doutrina nunca se pacificou sobre a natureza jurídica desse sistema de equiparação acolhido pelo legislador de 1940, o qual criou a ficção de violência, assimilando-a à falta de consentimento válido e dando ensejo a ferrenhos debates a respeito da natureza relativa ou absoluta da presunção, existindo até posturas doutrinárias propugnando pela inconstitucionalidade do dispositivo. Da mesma forma, a jurisprudência sempre oscilou a respeito, havendo relevantes discordâncias, principalmente nos Tribunais Estaduais. A própria decisão em debate foi fruto da divergência de entendimentos entre 5.ª e 6.ª Turmas do STJ [...] (IBCCRIM, 2012).

Como se nota, a questão é conturbada. Passa-se, então, a analisar o tema pela legislação brasileira. O Código Penal de 1830, conforme artigo 219, estipulava ser crime o defloramento de mulher virgem menor de 17 anos. Já no artigo 224, havia a previsão do crime de sedução de mulher honesta menor de 17 anos e ter com ela cópula carnal (BRASIL, CP, 1830). O crime também foi previsto no Código Penal de 1890, pois o artigo 267 estipulava ser crime deflorar mulher de menor idade⁴⁰⁸, empregando sedução, engano ou fraude (BRASIL, CP, 1890).

O Código Penal brasileiro de 1940, em sua redação original, considerava, no artigo 213, crime de estupro a conjunção carnal contra mulher mediante violência ou grave ameaça. No

⁴⁰⁷ Em 10-02-2015.

⁴⁰⁸ Na análise do código constata-se que a vítima menor é a que ostentava menor de 14 anos na data do crime. É o que se extrai da interpretação sistêmica, inclusive anotando-se o que diz o art. 395 do mencionado código.

artigo 224, do mesmo código, havia a previsão de que a violência mencionada seria presumida se o estupro fosse cometido contra vítima menor de 14 anos. Posteriormente a estrutura do crime em comento foi alterada, não mais considerando o crime baseado na presunção, mas em sua objetividade. O código foi alterado incluindo-se o artigo 217-A com a seguinte redação: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos (BRASIL, CP, 1940).

Um ponto que é interessante apresentar, é a exposição de motivos da lei⁴⁰⁹ que alterou a redação do código penal brasileiro introduzindo o artigo 217-A. Confira-se:

[...] O constrangimento agressivo previsto pelo novo art. 213 e sua forma mais severa contra a adolescentes a partir de 14 anos devem ser lidos a partir do novo art. 217 proposto. Esse artigo, que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática. Esclareça-se que, em se tratando de crianças e adolescentes na faixa etária referida, sujeitos da proteção especial prevista na Constituição Federal e na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, não há situação admitida de compatibilidade ente o desenvolvimento sexual e o início da prática sexual. Afastar ou minimizar tal situação seria exacerbar a vulnerabilidade, numa negativa de seus direitos fundamentais. Não é demais lembrar que, para a Convenção da ONU, criança é toda pessoa até a idade de 18 anos. Entretanto, a considerar o gradual desenvolvimento, respeita-se certa liberdade sexual de pessoas entre 14 e 18 anos [...] (BRASIL, CÂMARA, 2009).

Mesmo com os avanços da legislação penal ao longo dos anos, bem como com a expressa *mens legislatoris*, constatou-se que não houve pacificação do tema nos tribunais, pois conforme pesquisa realizada no site do Superior Tribunal de Justiça⁴¹⁰, foram encontrados 60 documentos referente ao tema, sendo o mais antigo em 17 de fevereiro de 1998 que considerava a presunção relativa.

Um dos julgados⁴¹¹ considerou que o marco de 14 anos de idade da vítima deveria ser analisado sob uma perspectiva relativa. Do julgado se extrai que o ministro relator enfrenta a questão e justifica seu voto com base em corrente doutrinária liberal, no sentido de que õatenta

⁴⁰⁹ Lei n. 12.015 de 7 de agosto de 2009.

⁴¹⁰ Pesquisa realizada em 23-11-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Estupro; Violência; Presunção; Relativa.

⁴¹¹ Recurso Especial n. 89.684-MG. Rel. Ministro Edson Vidigal, julgado em 17-02-1998.

às transformações sociais e suas repercussões alterando os costumes, tem afastado a presunção de violência e mais, considerou que é possível interpretar se a presunção é relativa ou absoluta de acordo com cada caso, pois se trata de uma questão jurídica que desemboca na questão fática probatória, ou seja, se a presunção deve ou não ser afastada de acordo com a prova dos autos (BRASIL, STJ, Relativa, 1998).

O outro julgado⁴¹² considerou que o marco de 14 anos de idade da vítima deveria ser analisada sob uma perspectiva objetiva e se afirmou que não estupro e no atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos, praticados antes da vigência da Lei n. 12.015/2009, a presunção de violência é absoluta, sendo irrelevante, para fins de configuração do delito, a aquiescência do adolescente ou mesmo o fato de o ofendido já ter mantido relações sexuais anteriores. Se extrai do julgado, então, que na análise do caso concreto a idade da vítima é fator preponderante para a tipicidade da conduta, no entanto, o comportamento da vítima em consentir ou não com o ato sexual é irrelevante (BRASIL, STJ, Absoluta, 2015).

No que toca à literatura especializada brasileira sobre o tema, também não há consenso, mas é interessante analisar os escritos da época e constatar que sempre houve a intenção de se obter uma objetividade sobre o tema, inclusive, repulsando a ideia de presunção. Com efeito, a literatura sobre o Código Penal brasileiro de 1890 era no sentido de que o entrelace sexual com menor de 16 anos constituía crime de estupro. E mais, a intenção legislativa era a de proteger a inexperiência, a ingenuidade das menores contra as seduçções, os enganos, as fraudes dos homens. Note-se que, segundo a literatura da época, a intenção legislativa era considerar a idade objetivamente e não referida no dolo do agente (SIQUEIRA, 2003, p. 446-447).

Já na literatura sobre o Código Penal brasileiro de 1940 encontramos um ponto interessante, qual seja: que a violência não se presume. Narrou-se à época da edição do código que em nenhuma hipótese poder-se-ia dizer que a violência é presumida, nem por ficção jurídica. Sobre a disposição do artigo 224, do código em comento, em sua redação original, enfatizava-se que o critério da lei, segundo Manzini, assenta no dever absoluto de abstenção da conjunção carnal, com as pessoas particularmente tuteladas por ela, as quais considera carnalmente invioláveis, ainda quando consintam (FARIA, 1959, p. 70).

No estudo da literatura da época descortina-se ainda que a vítima menor tem incapacidade carnal, pois diante da incompletude de seu desenvolvimento intelectual e volitiva,

⁴¹² RHC n. 59974-TO, Rel. Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, julgado em 20-08-2015.

quando estimulada, não tem valor, pois não tem capacidade para produzir o ãcontra-estímulo forte e educado para orientar-lhe a resistênciã. Destarte, se menor de 14 anos à época do fato, pouco importa ãas suas condições individuais, embora corrompida ou mesmo já violada (*puero debetur máxima reverentia*) (FARIA, 1959, p. 71).

Sobre o tema de crimes sexuais é importante lembrar que se está diante do direito ãda faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuaisö. Em regra, o delito sexual decorre de uma violênciã, mas em alguns casos o legislador previu que deve ser presumida, ou melhor, a lei ãfinge o seu empregoö. A respeito de ventilada presunção, enfatiza-se que é apenas uma equiparação, pois violênciã não existe quando não há resistênciã pela vítima. Ressalta-se que na realidade ãa lei impõe um dever absoluto de abstenção de relações sexuais com certas pessoas (impúberes, dementes), que ela particularmente protege, considerando-as carnalmente invioláveis, ainda quando consensientesö (HUNGRIA, 1956, p. 111 e 234).

Assim, ainda que os expoentes do direito penal da época da edição dos códigos afirmassem que não se tratava de presunção, de que a questão deveria ser analisada sob a ótica da objetividade e de que a intenção legislativa não permitia a relação sexual com pessoa menor, a celeuma perdurou por longos anos e atravessou a vigência de três códigos penais brasileiros. A discórdia se dá pelo fato de que a legislação permitia aos advogados, promotores de justiça e magistrados o afastamento da norma por circunstâncias pessoais da vítima menor. No entanto, a instabilidade de não se saber qual é o exato alcance do disposto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro enfraquece o sistema.

Com a teoria dos precedentes pode-se propiciar maior segurança jurídica, pois a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, apresentou a interpretação que deve ser seguida, não abrindo margem para outras interpretações, trazendo segurança jurídica ao sistema. Sobre a controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório pode-se responde-las objetivamente, sem margem para interpretações diversas. Senão vejamos:

(i) a idade da vítima deve ser analisada sob a ótica de presunção absoluta ou relativa? O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a presunção é absoluta. No entanto, como visto acima (exposição de motivos da lei e da doutrina), a questão não adentra em tal discussão (relativa ou absoluta), mas sim em questão da intenção legislativa e a objetividade, ou seja, optou-se objetivamente de que é proibido manter relação sexual com menor de 14 anos.

(ii) o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com seu algoz afastam a ocorrência do crime? Não. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que é despicienda a análise do comportamento da vítima anterior aos fatos discutidos no processo, pois seu consentimento não é válido. De outro lado, como visto acima, a doutrina mais especializada é no sentido de que a vítima menor não tem capacidade para frear os estímulos e, por conseguinte, ainda que consinta, tal consentimento não interfere na objetividade do tipo penal que proíbe o entrelace sexual com menores de 14 anos.

Ainda a título demonstrativo da eficiência do sistema de precedentes vinculativos, em outra pesquisa⁴¹³, constatou-se que após a fixação da tese jurídica mencionada acima, apenas uma reclamação⁴¹⁴ foi proposta diante do descumprimento da decisão do STJ. Concluindo, verifica-se que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica da incidência do artigo 217-A do Código Penal brasileiro. Repita-se que se trata da palavra final pelo fato de que foi uma decisão em sede de Recurso Especial sob o rito de demandas repetitivas, ou seja, a decisão tem caráter vinculante, ou melhor, é um precedente obrigatório a ser seguido pela corte superior de justiça (eficácia horizontal do precedente) e pelos tribunais inferiores (eficácia vertical do precedente).

10.3 Considerações parciais

O estudo da prática dos tribunais superiores⁴¹⁵ indica que há a estabilização do direito penal e processual penal com a aplicação da teoria dos precedentes. A pesquisa revela ainda que ocorre uma evolução do sistema brasileiro, deixando o juiz de ser oã boca da lei para ir além do juiz que faz jurisprudência persuasiva, já que os tribunais têm o poder de estabelecer precedentes vinculativos que delimitam a interpretação dos tipos penais e das normas processuais penais, trazendo maior segurança jurídica.

Neste ponto, não se pode calcular o ganho em se adotar a teoria dos precedentes nos direitos penal e processual penal, pois a valorização da segurança jurídica em um sistema jurídico propicia certeza ao jurisdicionado, certeza esta tão valorizada e perseguida pelo sistema penal brasileiro. A segurança jurídica ganha com as decisões vinculantes que trazem ao sistema uma previsibilidade que nunca foi alcançada pelo princípio da legalidade, pois, como visto nos

⁴¹³ Pesquisa realizada em 24-01-2018, no site www.stj.jus.br, com os seguintes caracteres: Reclamação; Estupro; Presunção.

⁴¹⁴ Reclamação n. 28983-RS. Rel. Nefi Cordeiro, julgado em 22-06-2016.

⁴¹⁵ Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

casos colacionados acima, ainda que vigente a teoria do tipo com todas as suas garantias, não se obtinha a certeza de como o tipo penal seria aplicado, faltando-lhe previsibilidade.

A falta de certeza e previsibilidade e, por conseguinte, a segurança jurídica enfraquece o sistema penal, pois muitos jurisdicionados e também os juristas pautam, os primeiros suas condutas e os segundos suas teses, fundadas em decisões e jurisprudência dos tribunais, razão pela qual, as constantes alterações acarretavam incerteza e surpresas indesejáveis, como por exemplo uma condenação baseada em uma nova interpretação que não existia à época dos fatos.

Neste contexto, a teoria dos precedentes altera o panorama dos direitos penal e processual penal brasileiro, não criando novos tipos e novos procedimentos, mas estabilizando a aplicação dos institutos com força obrigatória e vinculante, garantindo a maior segurança jurídica ao sistema penal brasileiro. A análise de casos concretos nos quais a teoria dos precedentes foi aplicada demonstrou que, com apenas uma decisão, afastou-se dúvidas sobre a interpretação dos direitos penal e processual penal, obrigando os demais juízes a seguir o entendimento exarado na tese jurídica fixada.

É importante frisar que, com exceção do caso da criminalização a homofobia, os julgados analisados não são *hard cases*⁴¹⁶, não são casos que demandam uma análise casuística que podem levar a decisões inéditas. Pelo contrário, são casos que cotidianamente são analisados nos juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição da justiça comum, cuja celeuma perdura por longos anos acarretando toda sorte de incertezas e decisões contraditórias.

Destarte, da análise dos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, revela-se que os tribunais brasileiros se utilizando da jurisprudência evoluíram para a técnica de utilização dos precedentes quando analisam e decidem os casos que lhe são apresentados e, assim, juntamente com o princípio da legalidade trazem maior segurança jurídica aos direitos penal e processual penal.

Portanto, pode-se afirmar que há a estabilização dos direitos penal e processual penal com a aplicação da teoria dos precedentes, pois conforme restou demonstrado na análise dos casos acima, os *cases* escolhidos para o estudo da temática, foram resolvidas divergências jurisprudenciais que perduravam por anos a fio, perpassaram pela vigência de três códigos

⁴¹⁶ *Hard Cases* são casos em que é difícil encontrar uma solução, quando não há uma solução aparente para o caso na regra. Ao oposto há os *Easy Cases* cuja solução é facilmente encontrada nas regras. Tais definições são encontradas principalmente na obra de Ronald Dworkin (2007, p. 127).

penais brasileiros e ainda causavam insegurança jurídica, o que não pode ocorrer em um sistema jurídico penal que prescinda pela garantia dos direitos fundamentais do cidadão, em especial o de saber o que lhe é vedado, ou seja, que conduta não pode praticar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segurança jurídica, previsibilidade e igualdade. As pessoas querem tranquilidade em suas relações. Não desejam ser surpreendidas com alterações abruptas que afetem seus direitos. Desejam ser tratadas de forma igualitária. Como na metáfora de Caenegem⁴¹⁷, desejam não ser õtratadas como animais, que descubrem que algo é proibido quando o bastão alcança o seu narizõ. Assim, as pessoas anseiam por saber o que é permitido ou não fazer, balizando suas condutas nos regramentos que o Estado estabelece para a paz nas relações entre particulares e e entre particulares e o Estado.

A pesquisa inicial, quando da apresentação do projeto, tinha o propósito de analisar a evolução do sistema jurídico penal e processual penal em decorrência da introdução no Brasil da teoria dos precedentes. No decorrer dos anos de pesquisa, constatou-se que a temática perpassava por outras importantes, tais como os sistemas jurídicos mundiais, a interpenetração entre os sistemas, o problema da insegurança jurídica no direito penal e processo penal. Outro tema que se reputou essencial foi o afastamento da coisa julgada injusta ou inconstitucional. Além da necessidade de uma pesquisa dogmática, entendeu-se que seria necessária uma pesquisa mais aprofundada sobre como os magistrados brasileiros decidem, razão pela qual foram analisadas decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sob o enfoque da teoria dos precedentes. Também, no intuito de adentar na temática, os ministros do Superior Tribunal de Justiça foram objeto de questionamento específico sobre a tese que ora se apresenta.

Dessa forma, se propõs a estudar e demonstrar como a teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes têm afetado os julgamentos nos direitos penal e processual penal brasileiro. A temática foi eleita como objeto de estudo pela sua atualidade, bem como pela necessidade do reexame do tema diante da evolução dos sistemas jurídicos mundiais, em especial, aos direitos penal e processual penal.

O problema inicial foi apresentado nos seguintes termos:

Como a teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes têm afetado os julgamentos nos direitos penal e processual penal brasileiro?

⁴¹⁷ Tradução livre do original: õPeople should not be like dogs that only discover that something is forbidden when the stick hits their nosesõ (R. C. van Caenegem).

Da pesquisa exploratória, que redundou na apresentação do projeto, culminou na proposição da seguinte tese jurídica:

O sistema brasileiro da *civil law*, com a teoria e a prática dos precedentes vinculantes, por influência do sistema da *common law*, está evoluindo e se alterando para um sistema híbrido, no qual permanecem as características do direito romano-germânico (*civil law*), mas mitigadas pelas características do direito anglo-saxão (*common law*), garantindo maior segurança jurídica ao sistema brasileiro.

Para demonstrar fundamentadamente a tese sustentada, optou-se por analisar como se formaram os sistemas jurídicos no intuito de demonstrar que, apesar das diferentes histórias, os sistemas jurídicos existentes no mundo são semelhantes e, a cada dia, se aproximam. Foi necessário, então, adentrar, na análise do direito comparado, refletindo sobre o direito europeu, o inglês e o norte-americano, bem como o direito latino-americano e o brasileiro. O ponto central da pesquisa manteve o foco no direito das famílias da *civil law* e da *common law* por serem considerados os grandes sistemas contemporâneos.

Constatou-se que o direito da família da *civil law* é oriundo do direito romano-germânico, tendo seu berço no direito das universidades (que dominavam o cenário pelas doutrinas) e como marco o século XII. Posteriormente, a escola do direito romano-germânico ganhou o mundo com a colonização dos territórios a partir do século XIII, havendo sua recepção tanto pelo domínio, como pela recepção voluntária de países que tinham a meta de modernizar-se com as ideias europeias (ocidentalização). Não se pode deixar de enfatizar, pois de suma importância, que a recepção do direito romano-germânico pelos países acarretou alterações da *civil law*, ou seja, havia a adoção do sistema, mas com modificações diante do direito local. Os estudos das universidades centravam-se no direito romano-germânico, mas havia a incidência do direito canônico, mas aquele sempre foi o foco dos estudos.

Durante o desenvolvimento do direito da família da *civil law*, na França o direito romano-germânico foi mitigado pelo prestígio do direito comum aplicado pela jurisprudência dos parlamentos e das compilações, ou seja, havia a utilização dos precedentes como ocorria em grande escala na Inglaterra. De outro lado, na Alemanha houve uma tentativa de uniformização do direito por intermédio de uma jurisdição imperial, no entanto, diante da grande receptividade, o direito romano-germânico sempre teve ascendência. Na Itália, na

Espanha e em Portugal, a recepção do direito romano-germânico foi ampla e se tornou o direito comum.

A grande marca do sistema jurídico da *civil law* ocorre com a sua uniformização em leis e códigos que passaram a regular as relações entre os cidadãos, fazendo com que o direito se tornasse metódico em uma sociedade moderna. Destarte, nos países que adotaram o sistema romano-germânico, a fonte maior do sistema jurídico é o direito legislado, sendo que as demais fontes do direito têm importância reduzida. Mas não se pode esquecer que a formação do direito romano-germânico nasceu nas universidades, na escola do direito natural e na própria essência da codificação, ou seja, não se pode conhecer o direito somente pelo estudo das leis editadas pelo sistema em questão.

Portanto, ainda que a fonte primária do direito romano-germânico seja a lei e os códigos, gradualmente foi concebida a ideia de que tais textos legislativos seriam apenas quadros nos quais os juristas podem exercer uma atividade criativa na busca da justiça. Assim, no direito legislado, as leis e os códigos são o ponto de partida do direito, pois o exegeta deve se utilizar dos processos hermenêuticos de interpretação com o auxílio da doutrina, dos costumes, da jurisprudência e dos precedentes judiciais para apresentar o direito aplicado. Sobre tal peculiaridade, o direito judicial vem se apresentando como forma de atualização do direito, evoluindo a partir do texto legislativo no direito da *civil law*.

A evolução do direito da *civil law*, como apontado acima, acarreta uma aproximação do sistema da *common law*, que historicamente tem sua fonte maior no direito judicial, os precedentes judiciais. A aproximação pode ter sua origem na perda da centralidade do direito legislado, com o crescimento do constitucionalismo que ocorreu tanto no sistema da *civil law* como na *common law*. Dessa forma, o papel importante da justiça judiciária (jurisprudência e precedentes) propicia a evolução do direito que, em vários países da família romano-germânica, desencadeia na adoção da teoria dos precedentes vinculantes, tema presente no direito da família da *common law*.

A propósito da aproximação dos sistemas, o direito da *common law* é indiscutivelmente oriundo do direito inglês que se funda no direito judicial, ou seja, formou-se por decisões de juízes que apreciavam casos particulares no intuito de apenas solucionar a lide. O sistema jurídico da *common law*, à semelhança do sistema da *civil law*, se expandiu pela colonização realizada pela Inglaterra, bem como pela recepção voluntária de países e atualmente está

presente em quase a totalidade de países de língua inglesa. Da mesma forma como ocorreu na evolução do direito da *civil law*, na *common law* a recepção do sistema foi permeada de adaptações do direito local, mas não se perdeu as origens e é considerado um grande sistema jurídico devido a sua recepção e transformação advinda do direito norte-americano.

A tradição, no direito da *common law*, é marcante, pois há uma tendência de se preservar a continuidade histórica do direito, sendo que a evolução ocorre por intermédio da adaptação dos juristas. Historicamente o direito inglês passa por cinco grandes fases que redundam no que é hoje. Inicialmente havia a predominância do direito legislado por influência do direito romano, mas, posteriormente, diante da não existência de um direito comum em toda a Inglaterra, há a incidência de um direito anglo-saxão, com uma centralização administrativa que resulta na *comune ley*, que pode ser marcado como o nascimento da *common law*. Mas houve conturbações diante da aplicação do direito costumeiro em várias localidades da Inglaterra, mas a *comune ley* seguiu com sua aplicação nos Tribunais Reais de Justiça.

O desenvolvimento do direito da *common law* como se conhece atualmente teve grande objeção pelo direito da *Equity*, inclusive registra-se um declínio daquele, em meados do século XVI, fazendo com que o direito da *common law* quase se unisse ao direito europeu, a *civil law*. Com efeito, havia interferências do Rei nas decisões dos Tribunais Reais de Justiça nascendo quase que um direito baseado unicamente na equidade. No entanto, a *common law* persistiu e ganhou força devido à morosidade e à falta de organização da *Equity* que não se comparava à organização dos Tribunais de *Westminster*. Com o passar do tempo, com a proeminência da *common law*, percebe-se a inexistência da diferenciação com a *Equity* e o sistema se consolidou com o seu desenvolvimento essencialmente na obra dos tribunais.

É interessante registrar que modernamente a *common law* também sofreu alterações, pois o direito unicamente formado pelos tribunais já não fornecia a segurança que a sociedade necessitava, razão pela qual a lei passou a ter maior importância dentro de tal sistema jurídico, confirmando, uma vez mais, que houve a aproximação dos sistemas das duas famílias. Nesse contexto, a estrutura do sistema da *common law* sofre alteração em suas fontes (precedentes e lei), mas a fonte primária continua a ser a judicial, pois a lei passou a ter papel importante no desenvolvimento do direito.

Não se pode deixar de registrar que a fonte legal e a fonte judicial possuem papéis importantíssimos em ambos os sistemas, mas desempenham funções diversas, pois há, no

direito das famílias da *civil law* e da *common law*, diferenças estruturantes. Ora, a regra na *civil law* tem caráter mais abstrato, enquanto que na *common law*, a *legal rule* tem maior objetividade, ou seja, a generalidade é menor. De outro lado, em decorrência das formações históricas, a ótica que cada sistema detém sobre as fontes legal e judicial não podem ser idênticas. Acentua-se a diferença entre os sistemas na formação do jurista, pois, na *civil law*, o jurista recebe sua formação nas universidades, enquanto que o jurista da *common law* é formado pela prática.

É certo que o direito da *common law* tem sua origem no direito inglês, mas se tornou um grande sistema por força do direito norte-americano. Nesse ponto, a recepção do direito inglês, em solo norte-americano, também foi diferenciada, pois tinha sua aplicação mitigada pelo direito local, formado logo no início das treze colônias. Com o tempo, o direito codificado e o direito da *common law* passaram a ser uma saída para a proteção dos direitos e liberdades públicas. No entanto, com o constitucionalismo e a influência da língua inglesa, a *common law* triunfou com a adesão expressa ou implícita pelos estados norte-americanos. Entretanto, a adesão ao sistema inglês levou a *common law* ao solo norte-americano, mantendo-se a essência do sistema, mas muitas regras nunca foram introduzidas na América, pois não recepcionadas devido às diversidades da tradição e evolução.

Os sistemas, então, sofreram alterações e influências recíprocas durante a evolução, inclusive receberam influência do cristianismo, da doutrina filosófica, do individualismo e do liberalismo. Assim, a *common law* conserva suas tradições, mas aumentou o papel da lei. De outro lado, a *civil law* mantém o papel importante da lei, mas aumentou o papel do direito judicial, fazendo com que os sistemas se aproximem na essência. Atualmente, na *civil law* e na *common law*, a regra do direito e os ideais de justiça se assemelham em muito e, com a evolução, isso fez com que surgissem os sistemas mistos (*mixed jurisdictions* e *mixed legal systems*).

Na formação dos sistemas mistos, os dois grandes sistemas jurídicos, diante da expansão territorial e da recepção voluntária, se incorporaram ao sistema local existente anteriormente e ocorreu a junção dos sistemas (*civil law* ou *common law* com o sistema local) com entrelaçamentos e combinações, mas as variações decorrem de um sistema da *civil law* ou da *common law*. Enfim, o sistema misto é uma mescla de um dos dois grandes sistemas ou de ambos com o sistema nativo, mas sempre com o intuito de buscar segurança jurídica e previsibilidade.

No Brasil adotou-se o direito da família da *civil law*, em decorrência da colonização portuguesa, bem como diante da influência do direito europeu, no entanto, com o passar dos anos, foi influenciado pelo direito da família da *common law* que redundou, paulatinamente, com a introdução no sistema brasileiro da teoria dos precedentes. Na análise da literatura da teoria dos precedentes, constatou-se que o objetivo dos sistemas é o mesmo, qual seja, a estabilização das relações jurídicas.

Ora, o precedente desde sempre é fonte do direito da *common law*, pois, com a decisão judicial, apresenta-se uma norma para o caso concreto, mas com caráter de universalidade que pode gerar uma força persuasiva ou vinculativa aos casos semelhantes que se apresentarem no futuro. No entanto, com a evolução dos sistemas jurídicos e a aproximação entre a *civil law* e a *common law*, a teoria do precedente alcançou o direito europeu e, modernamente, o precedente judicial, seja no sistema da *common law*, da *civil law* ou híbrido, ostenta papel similar, pois, ao lado da lei, é uma fonte do direito que busca o mesmo propósito, qual seja, regulamentar situações para garantir ao cidadão certeza, previsibilidade, igualdade e segurança jurídica.

Destarte, imperioso reconhecer a importância dos precedentes na aplicação do direito moderno, mormente pelo reconhecimento de que há uma verdadeira alteração em andamento nos sistemas jurídicos, pois utilizam-se da lei escrita, da codificação e do uso amplo do precedente. Confirmando tal assertiva, constata-se que tanto o jurista teórico quanto o prático lançam mão do precedente para desempenhar seu mister, já que aquele invoca o precedente para a interpretação da regra do direito tanto na análise da literatura especializada quanto na área judicial. Este, ao iniciar suas pesquisas utiliza-se da ferramenta que está mais próxima, a base de dados e informações, ou seja, o repertório de precedentes (*reports*).

Na teoria do direito judicial, há confusão na utilização dos termos jurisprudência e precedente, sendo essencial afastá-la. Com efeito, este pode derivar de uma única ou de várias decisões que vinculam o próprio tribunal aos juízes a que estão subordinados. Aquela é um conjunto de decisões harmônicas sobre determinada matéria. O teórico e o prático se utilizam tanto da jurisprudência quanto do precedente em suas tarefas, mas são coisas distintas e, no direito brasileiro, a distinção é regrada, já que a lei estipula objetivamente quando será um precedente judicial vinculante.

Na evolução do direito, a jurisprudência trouxe a atualidade para os textos da lei, deixando o direito vigente nos termos dos anseios atuais da sociedade. O precedente também

opera tal atualidade, mas tem o condão de, na busca da segurança jurídica e da previsibilidade, aplicar o vetor da igualdade, pois o caso decidido gera a universalidade para que casos futuros também sejam decididos da mesma maneira. Assim, como vantagem da teoria dos precedentes pode-se citar o respeito à experiência dos antepassados que criaram e desenvolveram o direito, ou seja, ao prestigiar-se a experiência, fomenta-se a *predictability, equality, consistency* e *stability*. Outra vantagem é a atualização do direito, já que o precedente é a atualização da lei diuturna do direito por quem o aplica. Também como vantagem pode-se listar a celeridade na prestação jurisdicional, pois propicia julgamento idêntico aos casos semelhantes, o que redundará em outra vantagem (que é um vetor do sistema de precedentes judiciais): a igualdade de tratamento de todos perante o Poder Judiciário (*to treat like cases alike*).

Destarte, se há celeridade com a aplicação da teoria dos precedentes, surge outra vantagem: o combate à morosidade do julgamento, pois alterando-se a cultura, demandas não serão propostas quando houver uma certeza, a previsibilidade que a demanda será inglória devido ao precedente em sentido diverso do colimado. De outro lado, combate a morosidade ao vetar demandas nos tribunais superiores quando a tese sustentada já foi analisada e refutada, ou seja, cria-se um filtro para otimizar demandas e recursos, afastando-se as lides temerárias e os recursos protelatórios.

Poder-se-ia alegar que o apego ao passado, que o respeito à experiência daqueles que formaram o direito seria um empecilho à evolução do direito. Sem razão tal objeção, pois o precedente é uma regra que, como a lei, pode ser afastada ou superada, o que não impede a atualização do direito, tanto é que, já no passado, a *House of Lords* decidiu que o respeito ao precedente é necessário ao sistema para fornecer grau de certeza e confiança aos jurisdicionados, mas deixou claro que o precedente poderia ser afastado se sua aplicação fosse fonte de injustiça. Destarte, as técnicas do *distinguishing* (a possibilidade de não aplicação do precedente diante de diferença substancial dos casos em análise ó passado e futuro) e do *overruling* (superação do precedente em decorrência das alterações do direito positivo, dos valores da sociedade ou da constatação de que a decisão precedente foi proferida em erro) conferem flexibilização na aplicação do precedente afastando-se a objeção levantada acima.

No *overruling* uma questão importante centra-se nos efeitos gerados pelo novo precedente. Nesse passo, se o efeito for imediato e retroativo, aplicado a todos os casos, sustenta-se que poderia ferir a segurança jurídica, mas, se o efeito for prospectivo, não haveria tal circunstância. No direito processual civil, prevalece a doutrina de que o efeito deve ser

prospectivo, no entanto, quando se aborda a questão dos direitos penal e processual penal há pormenores a analisar. Um primeiro ponto a sustentar a aplicação retroativa do novo precedente é a essência da regra que surge com a superação do antigo precedente, qual seja, a universalidade. Outro ponto, já em específico aos direitos penal e processual penal, é que, em sendo o novo precedente, que surgiu pelo *overruling*, benéfico ao acusado, deve-se aplicá-lo retroativamente em homenagem à máxima *novatio legis in mellius*. Enfim, atualmente, seja retroativo ou prospectivo, há a possibilidade da modulação dos efeitos que, em síntese, pode preservar a segurança jurídica e ainda operar efeitos atendendo à universalidade.

Na análise da teoria dos precedentes, os efeitos são pontos importantes, pois em regra devem ser obrigatórios, já que vinculantes. Mas há divergências. Sustenta-se que o precedente sempre é obrigatório e que somente as *obiter dictum* ou os *dissenting opinions* teriam força persuasiva. Malgrado o referido posicionamento, prevalece, na literatura especializada, que o precedente pode ter sua força persuasiva ou vinculante. A força da primeira está presente no sistema da *civil law*, há muito tempo, com a utilização da jurisprudência dos tribunais, ou seja, exerce influência, é uma tendência a seguir no ato de interpretação, mas não é obrigatório. Já a segunda (força vinculativa do precedente) é da essência da teoria dos precedentes nos direitos inglês e norte-americano, mas também é uma tendência das cortes de cassações europeias, ou seja, tanto na *common law* como na *civil law* a adoção do precedente vinculante é uma tendência que predomina. Em síntese, uma decisão proferida por um tribunal em determinado caso deve servir de norte para que todos os casos semelhantes sejam decididos de forma igualitária, havendo vinculação horizontal (todos os membros da corte) e vertical (todos os demais membros hierarquicamente inferiores).

A propósito da vinculação do precedente é importante ressaltar que somente a *ratio decidendi*, o *holding* é que deve operar os efeitos obrigatórios (vinculantes), pois, dentro de uma decisão precedente, existe a *obiter dictum*. Não é tarefa fácil analisar uma decisão e extrair a *ratio decidendi* separando-a da *obiter dictum*, mormente pelo fato de que, em algumas decisões, não há a preocupação em apontar claramente qual é a regra de julgamento que terá o efeito da universalidade. Não há consenso do que seria a *ratio decidendi* em um precedente, mas pode-se afirmar que é a questão de fundo, sem a qual o caso em julgamento não seria resolvido. De outro lado, há um consenso de que a *obiter dictum* são as questões periféricas, de passagem, marginais à causa, que não importam para o deslinde da lide. Destarte, em resumo, as *obiter dictum* são questões marginais enquanto que a *ratio decidendi*, grosso modo, é a regra essencial que definiu o julgamento que exercerá o papel de precedente para atender a

universalidade. A dificuldade em estabelecer qual é a *ratio decidendi* se perde com o tempo, vai se superando, pois a aplicação reiterada do precedente vinculante redundava em um *superprecedente* no qual facilmente se extrai a regra precedente.

É importante frisar que a adoção da teoria dos precedentes garante os anseios históricos tanto da *civil law* como da *common law*, já que sempre se buscou a segurança jurídica e a coerência no sistema. A diferença é que um sistema adotou a codificação e o outro os precedentes vinculantes, sendo que, atualmente, ambos os sistemas adotam as duas vertentes, vale dizer: legislação e precedentes como forma de garantir os predicados mencionados acima. Nesse contexto, em busca de previsibilidade, igualdade, segurança jurídica e de coerência, o sistema jurídico brasileiro paulatinamente adentrou na era dos precedentes judiciais, demonstrando que houve uma evolução do sistema da *civil law* de outrora. Com efeito, a vinculação dos efeitos de uma decisão judicial no Brasil é praxe antiga, pois inicialmente adotou-se os assentos de Portugal e da Casa de Suplicação do Brasil, seguindo-se pelo modelo de controle, inspirado no direito norte-americano, conferido ao Supremo Tribunal Federal em 1891. Não se pode esquecer que, em 1923, foi criado o instituto do prejudgado que possuía força vinculante, semelhante ao precedente com força vinculante que se conhece atualmente. Enfim, com as súmulas, passou-se a instituir mecanismos de vinculação ao decidido judicialmente com o intuito de evitar divergências e uniformizar a interpretação judicial. No entanto, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, a tendência de vinculação foi expressamente rejeitada pelos congressistas e, infelizmente, findou-se uma tendência de respeito obrigatório ao precedente judicial.

Assim, historicamente o Brasil adotou a vinculação dos precedentes (assentos e prejudgado), mas posteriormente se afastou com a edição de diplomas legais que não contemplavam força vinculativa às decisões judiciais, conferindo somente força persuasiva à decisão judicial, o que perdurou por bom tempo como forma de uniformização do entendimento pela jurisprudência. O cenário começou a se alterar com a Constituição Federal de 1988, pois conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade no intuito de pacificar o entendimento judicial sobre questões constitucionais, bem como criou-se o Superior Tribunal de Justiça a quem foi conferida a competência para pacificar o dissídio jurisprudencial e dizer qual é a correta interpretação de lei federal.

Com a Constituição Cidadã, estipulou-se que decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em certas hipóteses, têm caráter obrigatório não só às partes, ou seja, efeito

vinculante *erga omnes*, a todos. Trata-se das ações em controle concentrado, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Corroborando o intuito do constituinte, constata-se uma tendência do legislador em apresentar, ao mundo jurídico, mecanismos com o caráter vinculativo e, assim, renovou-se a fé nas súmulas e estabeleceu-se também o caráter obrigatório com a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar as súmulas vinculantes. Posteriormente, corroborando a afirmação de que houve uma evolução do sistema de jurisprudência genuinamente persuasivo para um sistema de precedentes vinculantes, as Emendas Constitucionais n.º 3/1993 e n.º 45/2004, bem como outras leis, alteraram o Código de Processo Civil de 1973 trazendo a possibilidade de julgamentos liminares, a previsão de julgamento de recursos representativos de controvérsias, a repercussão geral e os recursos especiais repetitivos.

A evolução gradual culminou na edição do Código de Processo Civil de 2015 que pode ser considerado um marco histórico no direito brasileiro na adoção da teoria dos precedentes com instrumentos essenciais para manter o sistema jurídico brasileiro coerente, estável e uniforme. Para tanto, no sistema do novo código, além das decisões de controle concentrado e das súmulas vinculantes, também são passíveis de reclamação o desrespeito às decisões em sede de incidente de demanda repetitiva e de incidentes de assunção de competência, reforçando a força vinculante aos precedentes judiciais. E mais, constata-se do novo código a opção do legislador em adotar a teoria dos precedentes, pois foi enfático ao determinar que os tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

Assim, houve uma aproximação dos sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*) no Brasil, pois o Código de Processo Civil introduziu, no ordenamento pátrio, de uma vez por todas, a teoria dos precedentes. No entanto, deve-se ter cautela, pois não é a solução de todos os problemas, já que as problematizações inerentes ao processo hermenêutico ainda persistem, pois o precedente é também uma regra à semelhança da lei. É o precedente mais específico do que a lei, não sendo muito aberto, é mais determinado, limita o âmbito do exegeta, mas certamente não exclui a possibilidade de interpretação. Outro ponto sobre a cautela necessária na adoção da teoria dos precedentes é o problema de transposição, de tradução linguística, literal ou filológica de um instituto (precedentes) originário de outro sistema, pois não é possível realizar o *custed and pasted* entre um sistema e outro, sendo necessário realizar uma alteração das instituições e dos atores jurídicos diante das tradições e culturas sedimentadas há muito tempo.

Apesar da necessária cautela, o Brasil foi sendo preparado paulatinamente para adentrar na era dos precedentes e, assim, os institutos de vinculação pelo precedente vão além do direito processual civil e alcançam o direito do trabalho, penal e processual penal. A citada preparação, que obteve rupturas culturais, é notada quando se pesquisa a evolução do direito pátrio. Ora, a evolução do sistema jurídico decorre da transformação da sociedade, ou seja, direito e sociedade caminham juntos, sendo fatores importantes da alteração da cultura do povo e de seu território. A transformação do sistema decorrente das bruscas mutações e do dinamismo da vida social e política não deve se descurar de pilares básicos como justiça, segurança jurídica e progresso. Nos últimos tempos, a evolução entrou em uma nova era, pois houve o rompimento de fronteiras com a informatização e a expansão do direito internacional que, com a globalização, fomentam a universalização e a integração de culturas, havendo uma reconstrução diária da cultura e dos sistemas jurídicos, fazendo com que apareçam novas formas de criar e aplicar o direito.

Em termos de evolução, não se pode negar o peso da influência social, pois os sistemas jurídicos recebem influência de dentro e de fora para se alterarem incorporando os novos anseios do direito vivo. Com efeito, o sistema jurídico brasileiro é fechado pelo fato de ser legislado, mas é aberto pelo fato da necessidade de evoluir no ritmo que a sociedade evolui e, assim, o sistema jurídico passa por contínuas re-observações e acoplamento do direito do passado, do presente e do futuro, alterando-se, incorporando as novas ideias ao texto normativo. Ora, o enunciado normativo está em contato diário com as crises políticas, os movimentos sociais e as influências do próprio direito, já que o direito interno recebe contribuições do direito internacional e, em especial, dos sistemas mais avançados como o da *common law*. Existe, nesse ponto, há algum tempo, uma influência forte do direito norte-americano sobre os demais sistemas jurídicos ocidentais, fazendo que a cultura da *common law* se penetre nos sistemas que outrora eram puramente da *civil law*.

O direito brasileiro passou por grandes transformações, pois o direito legislado incorporou o direito jurisprudencial e, com o novo Código de Processo Civil, chega na era dos precedentes vinculantes. Os problemas do direito legislado são antigos, como a impossibilidade de dispor de todas as relações em um texto normativo, bem como pela variedade de opções interpretativas advindas do enunciado normativo. Dessa forma, o direito legislado sempre evoluiu por intermédio dos processos hermenêuticos, pois a tarefa do intérprete é continuar a pensar o que já foi pensado anteriormente pelo legisladores e, assim, trazer o texto normativo para a atualidade nos limites do quadro normativo.

Do direito legislado, o sistema passou para a necessidade de uniformidade e tratamento isonômico, pois não se pode afirmar que situações jurídicas idênticas são definidas como se diversas fossem, para o direito jurisprudencial, pois a interpretação judicial ganhou grande relevo e incorporou o direito vigente. É salutar enfatizar que, mesmo não havendo obrigatoriedade para que o julgado de cortes hierarquicamente superiores fosse uma regra a ser seguida; as cortes inferiores e os magistrados de primeiro grau, com maior ou menor frequência, passaram a seguir o entendimento das cortes superiores.

Além da evolução do direito pela interpretação (hermenêutica) e pela força do direito judicial (jurisprudência persuasiva), a evolução decorre também da influência do direito internacional, mormente por força dos tratados e convenções de que o Brasil é signatário. De outro lado, mencionada evolução (direito internacional) também ocorre de forma voluntária, pois há uma tendência de se buscar institutos em sistemas vizinhos e introduzi-los no sistema vigente para alcançar melhores resultados, podendo-se afirmar na existência, ou na iminência de existir um sistema brasileiro híbrido. No Brasil tal evolução vem ocorrendo há algum tempo, pois, após a Constituição Federal vigente, bem como em decorrência de legislações adjetivas, o sistema jurídico brasileiro passou a introduzir o instituto dos precedentes vinculantes.

Houve, assim, uma influência dos padrões internacionais na busca de uma justiça célere, coerente e estável, o que só pode ocorrer se houver o reconhecimento dos precedentes, como já vem acontecendo nas cortes europeias da tradição da *civil law*. Portanto, o Brasil tem seus fundamentos no sistema romano-germânico (*civil law*) no qual há a compilação e a codificação de textos normativos, mas constata-se também que possui institutos que revelam a incursão em outro sistema (*common law*), pois é permitido aos tribunais, pela vinculação do precedente, estabelecer regras abstratas.

Na evolução do direito brasileiro, um problema que se apresenta é a força da tradição e da cultura que pode afastar a incursão de novos institutos. Como se sabe, o sistema brasileiro vem sofrendo influência do sistema de precedentes, por longos anos, até culminar na edição do atual Código de Processo Civil. Assim, não houve uma imposição brusca de um novo sistema (a teoria dos precedentes). Com efeito, a introdução foi paulatina, razão pela qual se realizou uma pesquisa para demonstrar que não está ocorrendo repulsa ao sistema de precedentes. Nesse aspecto analisou-se como os tribunais brasileiros estão se organizando para fazer valer a regra do precedente, ou seja, como incorporaram, no dia-a-dia, os *Reports*, sendo um sinal da aceitação da teoria no sistema. A pesquisa se revela de grande importância, pois os repositórios

de precedentes são utilizados por todas as áreas ligadas ao sistema jurídico, vale dizer, os acadêmicos, os advogados, os defensores públicos, os promotores de justiça e os membros do Poder Judiciário. Sabe-se que, antes da incursão do Brasil na teoria dos precedentes, já existiam as compilações de jurisprudência, mas pode-se afirmar que houve uma alteração marcante no sistema brasileiro em relação aos *Reports*, ou seja, no modo de como os tribunais tratam o tema.

Extraíu-se da pesquisa realizada que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça publicam os precedentes e as teses proferidas que possuem efeito vinculante, possibilitando aos profissionais do direito o uso diário na elaboração de peças processuais e teses jurídicas. O mesmo ocorre com os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, pois apresentam mecanismos de consulta na base de julgados que formam um banco de precedentes de cada tribunal. E mais, a pesquisa revela que o Supremo Tribunal Federal está se utilizando muito dos mecanismos vinculantes, bem como está divulgando um banco de teses com o intuito de tornar mais seguro o sistema. Já o Superior Tribunal de Justiça também está divulgando os temas que foram decididos em incidente de demandas repetitivas que formam os precedentes vinculantes. Assim, os tribunais brasileiros adotaram uma postura real de aceitação dos precedentes, já que todas as cortes brasileiras estão fomentando sua aplicação com a publicação dos *Reports* no intuito de que os casos semelhantes sejam decididos igualmente em homenagem ao princípio da igualdade.

O propósito da evolução do direito brasileiro, com a adoção da teoria dos precedentes, conforme revela a pesquisa realizada, é propiciar a segurança jurídica. É um tema muito caro ao jurisdicionado, tanto é que a constituição vigente ampara a estabilidade das relações protegendo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e, um sistema que não garante tais predicados não pode ser considerado pleno, pois afeta diretamente o cidadão que não possui liberdade de autodeterminação, já que não sabe qual é o direito vigente. A segurança jurídica almejada pelo cidadão é tema conturbado e de difícil definição e fomento. Há diversas óticas que podem ser apresentadas, tais como: elemento do sistema; fato; valor; norma-princípio. Como elemento é definidor, pois é condição essencial de um sistema. Como fato é aquela passível de constatação. É também um fenômeno valorativo, algo que se busca no sistema. Enfim, como norma-princípio é algo prescrito no sistema que desencadeia efeitos. Destarte, em resumo, a segurança jurídica tem o objeto de configurar o direito, bem como configurar o instrumento para torná-la realidade, tornando-se, assim, também um princípio instrumental.

Pode, ainda, a segurança jurídica, ser analisada sob o aspecto material (perspectiva estática e atemporal), no sentido de que é para o cidadão a capacidade de entender o conteúdo das normas para que lhe permita ter determinação e certeza do direito. De outro lado, pode também ter uma ótica dinâmica e intertemporal, ou seja, a busca da imutabilidade das normas que redundam na estabilidade, mas também a busca da estabilidade da mudança, ou seja, a proteção de direitos e o estabelecimento de regras de transição. Deseja-se, assim, um sistema com regras seguras no decorrer do progresso, pois é natural e inevitável que o sistema se desenvolva de acordo com as alterações sociais. Nesse sentido, a segurança jurídica, sob a ótica da previsibilidade e calculabilidade, diz respeito à segurança do cidadão em conhecer o direito para antecipar qual será a decisão futura sobre suas ações e relações jurídicas.

Destarte, o ordenamento jurídico deve ser estável e não pode ser objeto de abruptas rupturas, ou seja, deve ser objetivamente seguro de acordo com critérios de racionalidade e, de outro lado, subjetivamente o direito deve ser intangível, não podendo ser imprevisível. Portanto, do ponto de vista do cidadão comum, a segurança jurídica é a capacidade de compreender, de conhecer e prever as consequências advindas da norma. Para os exegetas do direito, a segurança jurídica é aquela compreendida pelos especialistas da matéria, ou seja, compreender e antever o efeito com a utilização dos termos técnicos. Já para o Estado, é essencial para o seu funcionamento, pois deve haver confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico geral, ou seja, a segurança jurídica tem a função de propiciar a certeza do direito. Mas, é importante frisar, que a segurança jurídica para todo o sistema deve ser fundada em um pilar essencial, qual seja, a igualdade. Ora, o tratamento uniforme é um princípio fundamental da vida em sociedade, é o fim prático da justiça, sendo que ao legislador é incumbida a tarefa de estabelecer a igualdade interna e, ao judiciário, a igualdade externa.

O oposto da segurança jurídica que traz transtornos para o sistema. Com efeito, o estado de insegurança gera complexidade, obscuridade, incerteza, indeterminação, instabilidade e descontinuidade do ordenamento jurídico e, assim, se instala a desconfiança no sistema. Ora, não há segurança jurídica quando não se sabe qual regra é válida, qual é o seu sentido e alcance, ou seja, um direito que não é seguro, não pode ser considerado direito. Pode-se afirmar, assim, que a insegurança jurídica, na *civil law*, ocasionou uma crise no Poder Judiciário brasileiro, pois os métodos usuais da hermenêutica e da jurisprudência persuasiva não foram capazes de garantir a estabilidade, a coerência e a segurança jurídica ao sistema.

A lei é o instrumento utilizado, nos sistemas da *civil law*, para afastar a incerteza e regular as relações jurídicas, entretanto, nos direitos penal e processual penal, tipos penais abertos redundam em insegurança jurídica, pois propiciam uma gama enorme de possíveis sentidos e alcances da norma penal. No direito clássico, sempre se buscou uma teoria do tipo penal certo e taxativo, aquele que possuísse um mínimo de determinação, pois, assim, o cidadão teria a garantia e a segurança jurídica do alcance do tipo penal, ou seja, saberia de antemão o que seria uma conduta criminosa. Assim, para cumprir seu mister, o legislador apresentou tipos penais fechados, claros e objetivos, mas diante da complexidade das relações humanas e da impossibilidade de estipular objetivamente todas as condutas ilícitas que pretendia coibir, utilizou-se dos tipos abertos e, assim, os conceitos ambíguos permitiram diferentes formas de conceituação devido à vagueza, causando insegurança jurídica. Devido a tais incertezas, ou seja, ao alto grau de variações interpretativas que se pode apresentar ao tipo penal, cresceu o interesse pela jurisprudência para propiciar maior segurança jurídica.

No entanto, a propósito das incertezas e da falta de segurança jurídica do direito legislado e do crescimento do interesse pela uniformidade jurisprudencial do direito, com o tempo, percebeu-se que a alteração constante do entendimento judicial acabou por não dar ao cidadão e aos intérpretes a segurança jurídica necessária ao sistema jurídico. Nesse aspecto, a pesquisa indica que as deficiências do sistema legislado e do sistema jurisprudencial podem ser superadas pela adoção da teoria dos precedentes, já que se reduz consideravelmente a insegurança jurídica, pois possibilita maior previsibilidade ao sistema jurídico. Com efeito, a lei tem um campo hermenêutico aberto, sendo que o precedente vinculante limita essa área de atuação da hermenêutica, reduzindo as possibilidades, os variáveis e possíveis entendimentos sobre o sentido e o alcance do tipo penal. Ora, historicamente, no sistema jurídico da *civil law*, verifica-se que a pretendida segurança jurídica deveria ser garantida pelos textos normativos, mas há um esfacelamento do propósito inicial quando ocorre a falta de unidade da jurisprudência e, assim, os precedentes são considerados como marco para gerar igualdade e segurança jurídica, pois propiciam uniformidade na aplicação do direito.

Assim, a redução das incertezas perpassa necessariamente pela atuação do Poder Judiciário, pois o direito é o que os tribunais decidem e, assim, examinando as decisões dos tribunais, é que se sabe qual o sentido e o alcance do direito. Dessa forma, fica evidente que os precedentes dos tribunais que analisam um tipo penal e fixam seu sentido e alcance propiciam maior segurança jurídica, pois há uma redução das incertezas. Portanto, a adoção da teoria dos precedentes reduz a insegurança jurídica, trazendo previsibilidade ao sistema jurídico, haja vista

que os métodos hermenêuticos e a jurisprudência persuasiva não propiciam a certeza quanto ao sentido e ao alcance do enunciado normativo e não se sabe se tal sentido e alcance (no futuro) será o mesmo quando da aplicação do mencionado enunciado ao caso concreto.

A evolução então chega na teoria dos precedentes que, no Brasil, tem seu ápice no advento do novo Código de Processo Civil. Entretanto, é importante frisar que as regras oriundas de mencionada lei adjetiva devem transpor a seara cível, pois na realidade fazem parte de uma teoria geral do processo. Com efeito, a norma processual é um instrumento para a realização do direito substantivo e, assim, deve ser regido por princípios, institutos e normas que levem à realização da justiça. Nesse sentido, os direitos processual civil e o processual penal são as grandes vertentes do direito processual e, assim, servem de base para a teoria geral do processo em conjunto com a Constituição Federal vigente, pois é dirigente no que diz respeito aos direitos e garantias individuais, como a reserva legal, a igualdade, o devido processo legal, a garantia da ampla defesa, o exercício do contraditório e a segurança jurídica.

A Constituição Federal, quando trata do direito processual penal, traz um emaranhado de princípios que apresentam o viés político do Estado, qual seja, o respeito ao *status libertatis* do cidadão. Há, contudo, princípios que possuem positividade jurídica, ou seja, não são regras programáticas, são preceitos impostos. Nos direitos penal e processual penal, o papel dos princípios constitucionais é acentuado, pois garantem o equilíbrio entre o interesse público na repressão criminal e o respeito às garantias individuais constitucionalmente asseguradas. Destarte, o processo penal constitucional é um instrumento de controle e de manutenção da ordem justa e democrática.

Portanto, partindo-se da premissa de que há uma teoria geral do processo e de que o processo no Brasil é dirigido pelos princípios constitucionais, o processo penal, regido pelo Código de Processo Penal, também pode ser instrumentalizado pelos institutos do novo Código de Processo Civil, mormente quanto a teoria dos precedentes pode elevar o grau de estabilidade ao sistema jurídico. Assim, sob o pálio da Constituição, os direitos processual civil e penal possuem uma zona de contato que se apresenta acentuada com a teoria dos precedentes judiciais. Não se desconhece que a aplicação da teoria dos precedentes, no processo penal brasileiro, é tema que causou repercussões quando da publicação do novo Código de Processo Civil, mas é uma equivocada preocupação, pois já viveu no Brasil a vinculação das decisões judiciais pelos *Assentos* e pelo *Prejulgado*. De outro lado, não há razão para que não se aceite

a adoção de instrumentos processuais que podem propiciar maior segurança jurídica e estabilidade ao sistema.

Aplicar a teoria dos precedentes, nos direitos penal e processual penal, é uma necessidade e uma certeza, pois o resultado proporcionado (igualdade, previsibilidade e segurança jurídica) é um bem precioso quando se analisa a aplicação do *jus puniendi*. No entanto, a aplicação do precedente deve atentar para os princípios dos direitos penal e processual penal, como o da irretroatividade (não pode retroagir para prejudicar o réu), da retroatividade (se for benéfico, deve retroagir) e o do *tempus regit actum* (tem aplicação imediata, inclusive aos casos em andamento, pois incidem no curso do processo).

Temas como irretroatividade do direito substantivo e a aplicação imediata do direito adjetivo são objetos de severos debates diante da estabilidade das relações jurídicas consubstanciada no mandamento constitucional da segurança jurídica. O fundamento, pois, além do constitucional e processual, é político, já que é uma exigência prática para alcançar a pacificação social. A propósito, a segurança jurídica é fundada na Constituição Federal na tríade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, pressupostos fundamentais para a plenitude de um sistema jurídico, já que garantem a liberdade de autodeterminação do cidadão, ou melhor, propicia a ele saber qual é o direito vigente. Há, assim, um conflito entre a segurança jurídica e a retroatividade do precedente benéfico e da aplicação imediata de um precedente de ordem processual. Tal conflito leva à mitigação da coisa julgada, como já ocorre com a Revisão Criminal e o *Habeas Corpus* nos direitos penal e processual penal.

A coisa julgada é um dos instrumentos para que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, propicie estabilidade, já que atribui à decisão a imutabilidade e a não possibilidade de rediscussão do tema antes controverso. Existem algumas divergências sobre o que vem a ser a coisa julgada. Uma vertente sustenta que se trata de um elemento que se agrega à sentença (imutabilidade e indiscutibilidade). Outra concepção a define como uma qualidade (efeitos da decisão) e, por fim, uma terceira aceção defende que a coisa julgada é uma situação jurídica (relativa imutabilidade e indiscutibilidade da decisão). Mas, qualquer que seja a definição que se adote, em comum há a imutabilidade e a indiscutibilidade geradas pelo trânsito em julgado da sentença. Na teoria geral do processo, a aplicação da teoria civilista ao processo penal, no que tange à coisa julgada, é aceita e, assim, pode-se afirmar que a coisa julgada produz efeitos idênticos em ambas searas processuais. Mas é possível registrar uma distinção peculiar, pois, no processo penal, é fundamental o julgamento do caso real, do fato, sendo que, no processo

civil, o fundamento é uma declaração sobre uma qualificação jurídica de um fato. Assim, no processo penal, a coisa julgada se refere ao fato principal que é julgado, o que pode não ocorrer no processo civil, já que pode acontecer somente a decisão sobre uma definição jurídica.

O intuito da coisa julgada, assim, é obter a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão. No entanto, como todos os direitos, não se trata de um direito absoluto e, por certo, pode ser flexibilizado. Tal flexibilização é prevista no direito brasileiro pela Ação Rescisória (processo civil), pela Revisão Criminal e pelo *Habeas Corpus* (processo penal). No processo civil, há restrições ao afastamento da coisa julgada (prazo para proposição) o que não ocorre no processo penal, pois a Revisão Criminal pode ser proposta a qualquer tempo sobre o fundamento da ocorrência de injustiça por erro judiciário (decisão contra texto de lei ou contra a evidência das provas, provas falsas e obtenção de provas novas que o inocente). Com efeito, a coisa julgada deve ceder lugar em benefício do acusado, já que o bem atingido pelo processo penal (*status libertatis*) se sobrepõe, por ser corolário da dignidade da pessoa humana, ou seja, a coisa julgada processual penal, decorrente de uma sentença condenatória, sempre é relativa.

Atualmente há também um outro fundamento para afastar a coisa julgada, qual seja, a inconstitucionalidade. Destarte, há a flexibilização da coisa julgada diante dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a inconstitucionalidade de lei ou de entendimento em descompasso com a Constituição até então em aplicação nos direitos penal e processual penal. Não se pode deixar de ventilar que os precedentes vinculativos emanados do Superior Tribunal de Justiça, que alteram posicionamento que fundamentou a condenação, já transitada em julgado, também colocam em xeque a certeza, a segurança jurídica e a justiça da decisão acobertada pela coisa julgada. Como mencionado acima, diante do bem em disputa na lide processual penal, o *status libertatis*, a decisão judicial deve ser afastada quando for comprovado que não há certeza jurídica, quando falta segurança jurídica, quando ocorre a injustiça por erro judiciário e quando a decisão for inconstitucional ou em descompasso com precedentes vinculantes.

Não se quer dizer que a coisa julgada não propicia a segurança jurídica das relações jurídicas, mas a irretroatividade do direito substantivo e a aplicação imediata do direito adjetivo devem ser analisadas, no processo penal, sobre uma ótica especial, já que é o *status libertatis* que está em disputa na lide processual. Assim, o efeito da decisão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça deve retroagir em benefício do acusado, ainda que haja a coisa julgada. É sabido que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal são, em regra,

retroativos quando da declaração de inconstitucionalidade, porém é admitida a modulação dos efeitos na esteira da orientação de ordenamentos jurídicos internacionais, preservando, sob a análise de cada caso, os efeitos da norma considerada inconstitucional, pois, assim, estar-se-á assegurando o interesse social. Com o mesmo raciocínio, pode-se afirmar que um precedente vinculante, oriundo do Superior Tribunal de Justiça, quando for benéfico ao acusado deve retroagir e afastar a coisa julgada.

Destarte, anteriormente a coisa julgada cedia lugar quando ocorresse injustiça por erro judiciário. Com a evolução do direito, atualmente a coisa julgada também deve ser afastada quando houver a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do entendimento em desconformidade à constituição que fundamentou a condenação transitada em julgado, bem como havendo um precedente vinculante que beneficie o acusado. Com isso, resta o jurisdicionado pleitear sua aplicação e, assim, ver restaurado o *status libertatis*. Em síntese, havendo alteração da ordem jurídica normativa por decisão do Supremo Tribunal Federal ou em decorrência de precedente vinculativo emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, deve-se aplicar o antigo adágio *rebus sic stantibus* e, assim, superar a coisa julgada. Para tanto, há dois instrumentos disponíveis no direito adjetivo penal para fazer cessar a coisa julgada acoimada dos vícios apontados acima, quais sejam: a Revisão Criminal, que tem o objetivo de rescindir a sentença condenatória e afastar-se a coisa julgada, reabrindo-se a discussão da causa em decorrência de um erro judiciário; o *Habeas Corpus*, que é uma ação de impugnação autônoma e tem por objetivo a preservação ou concessão da liberdade do cidadão.

Diferentes sistemas, interpenetração entre os sistemas, evolução do sistema jurídico com a vinculação dos precedentes no direito brasileiro, o acolhimento da nova realidade jurídica pelos tribunais com a publicação dos *Reports*, o afastamento da insegurança jurídica, no processo penal brasileiro, com a aplicação da teoria dos precedentes, inclusive com o afastamento da coisa julgada, demonstram o despontar de um novo direito, em pleno desenvolvimento no anseio de propiciar segurança jurídica ao jurisdicionado. Assim, atualmente, conforme pesquisa realizada no curso do presente trabalho, os magistrados brasileiros estão decidindo, na era dos precedentes vinculantes, rompendo uma tradição. O magistrado brasileiro já foi a *boca da lei*, passou a ser um juiz que é influenciado pela jurisprudência dos tribunais e, assim, em seu papel criativo, passou a complementar a tarefa do legislador estabelecendo o sentido e o alcance dos textos normativos. Historicamente a função dos juízes é delineada de acordo com o contexto de cada tradição (*common law* ou *civil law*).

Na *civil law*, o papel do juiz foi limitado, atribuindo-lhe a função de declarar a vontade do legislador e, na *common law*, ao juiz foi atribuído o papel central de criação do direito.

Atualmente há uma nova realidade ao juiz brasileiro, pois surgem os precedentes vinculantes e, destarte, surge a obrigação de seguir os *standards*. Trata-se de uma evolução do direito diante da influência do sistema da *common law*. Não se trata de temática nova, na história do direito adjetivo brasileiro, mas a judicatura passa por um ponto crucial, qual seja, a execução dos dispositivos constitucionais e legais propiciando segurança jurídica sem se descurar da evolução. Assim, a correlação entre os dispositivos editados pelo Poder Legislativo e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário está ligada pelos axiomas políticos e a justiça aplicada ao caso concreto, mas sempre visando à uniformidade e à igualdade.

Portanto, o direito judicial foi alçado a um novo patamar, pois doravante, além da lei e da jurisprudência persuasiva, há o precedente vinculante como regra abstrata a ser seguida. Destarte, não é possível apresentar uma tese sem analisar como os magistrados brasileiros estão decidindo na era dos precedentes vinculantes. Para tanto, analisou-se como os magistrados do Superior Tribunal de Justiça, que decidem sobre os direitos penal e processual penal, estão atuando na era dos precedentes. A escolha recaiu no citado tribunal superior por se tratar da corte de precedentes brasileira, pois, por previsão constitucional, tem a missão de uniformizar o direito decorrente da interpretação da lei federal e dissipar os dissídios jurisprudenciais. A análise foi realizada por intermédio de um questionário objetivo apresentado aos ministros, cujo retorno alcançou um pouco mais de 40%. Os dados levantados apontam que, no Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência de seguir os precedentes tanto do Supremo Tribunal Federal quanto da própria Corte, pois é utilizado pela maioria (Terceira Seção 93%; Corte Especial 83%).

Foram ainda selecionados e analisados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Um dos casos é emblemático (criminalização da homofobia), mas os demais casos selecionados são do cotidiano do direito penal brasileiro, como a aplicação do princípio da consunção, a consumação do crime de roubo, a coexistência de causa privilegiadora com uma qualificadora no crime de furto, a análise da aplicação da pena abaixo do mínimo previsto abstratamente pelo legislador brasileiro e o caso da interpretação da capacidade da vítima para a configuração do crime de estupro de vulnerável. No processo penal, também se optou por casos comuns, tais como os efeitos do descumprimento da transação penal, bem como quais seriam os efeitos da sentença homologatória de transação penal. Ainda, no

processo penal, analisou-se a celeuma da natureza da ação penal em casos da prática de crime de lesão corporal envolvendo violência doméstica contra a mulher. Assim, os casos analisados não são *hard cases* (com exceção ao da criminalização da homofobia), não são casos que demandam uma análise casuística que podem levar a decisões inéditas. Pelo contrário, são casos que cotidianamente ocorrem nos juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição da justiça comum, cuja controvérsia judicial perdurou por longos anos acarretando toda sorte de incertezas e decisões contraditórias.

Constatou-se do estudo realizado que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça acolheram a nova forma de dizer a justiça. Com efeito, a pesquisa indica que há a estabilização dos direitos penal e processual penal com a aplicação da teoria dos precedentes. O estudo revela ainda que ocorre uma evolução do sistema brasileiro, deixando o juiz de ser a *boca da lei* para ir além do juiz que faz jurisprudência persuasiva, já que os tribunais têm o poder de estabelecer precedentes vinculativos que delimitam a interpretação dos tipos penais e das normas processuais penais, trazendo segurança ao sistema jurídico brasileiro.

Assim, após a revisitação dos capítulos apresentados, o estudo revela que os sistemas da *civil law* e da *common law* perfilham do mesmo propósito ó a descoberta e a realização da justiça ó com técnicas diversas. Na *civil law*, o ponto de partida, na busca de soluções de justiça, é a lei. Já, na *common law*, o ponto de partida são as decisões judiciais, os precedentes. Mas, com o passar dos anos e a evolução das sociedades, alguns sistemas passam a ser híbridos diante da aproximação entre os mencionados sistemas e, assim, adotam o sistema de precedentes ainda que estejam com suas raízes na *civil law*. O estudo indica que seguir um precedente é fundamental, pois garante a estabilidade do sistema e, no Brasil, a teoria dos precedentes é resultado de uma confluência dos sistemas, já que atualmente há a positivação do direito, mas também há o respeito ao precedente judicial.

Houve, então, uma evolução do direito brasileiro em decorrência das influências sociais, da interpretação evolutiva e do direito decorrente do precedente. O estudo descortina que o sistema de precedentes, no direito brasileiro, é oriundo de uma evolução paulatina na *civil law*, alterando, profundamente, as teorias até então aplicadas, pois o efeito vinculante dos precedentes trouxe uma doutrina até então comum na *common law*, mas distante da *civil law* brasileira. Há, portanto, um sistema no Brasil fundado em textos normativos (*civil law*) e há influência de outro sistema (*common law*). Tal constatação indica uma evolução constante do

direito o que poderia se inferir que se está no caminho do surgimento de um sistema jurídico híbrido.

O caminhar do sistema jurídico brasileiro a novos horizontes pode ser notado pela alteração de comportamento dos tribunais brasileiros. Com efeito, o estudo revela que houve alteração no modo de como se administra a divulgação do precedente, pois sempre houve divulgação de julgados, banco de súmulas e revistas, no entanto, com a teoria dos precedentes, há uma tendência de que, em sendo obrigatórios, são divulgados como se fossem leis, de respeito obrigatório. Destarte, com a alteração paulatina das legislações, bem como o advento do novo Código de Processo Civil, os tribunais brasileiros adotaram postura real de aceitação dos precedentes, pois fomentam a aplicação dos precedentes pelos núcleos de gerenciamento de precedentes e realizam a publicação dos *Reports*.

A evolução do sistema jurídico, como ocorre em todo o mundo, busca a realização da justiça e, como tal, inspira a segurança jurídica das relações. Nesse ponto, a insegurança jurídica é prejudicial a todos os ramos do direito, em especial aos direitos penal e processual penal brasileiro, pois, em um modelo penal, garantista, a previsibilidade e a certeza quanto ao modelo penal incriminador ó o tipo penal ó é fundamental. No sistema brasileiro da *civil law*, as várias vertentes exegéticas, decorrentes da interpretação dos tipos penais abertos, devem ser afastadas. Com efeito, com a adoção da teoria dos precedentes, é possível reduzir consideravelmente a insegurança jurídica causada pela amplitude exegética que a lei propicia, já que o âmbito de atuação interpretativa do magistrado, diante do precedente, é menor, propiciando, assim, maior previsibilidade ao sistema jurídico. O estudo revela, enfim, que não é possível haver direito sem segurança jurídica e, assim, o Poder Judiciário deve se afastar de alterações abruptas de jurisprudência, deve seguir os precedentes e ser moderado na modificação do entendimento sedimentado.

Com a evolução decorrente das alterações legislativas e do novo Código de Processo Civil, é possível aplicar, conforme se infere do estudo, a teoria dos precedentes aos direitos penal e processual penal. Primeiro porque, existindo uma teoria geral do processo, já há uma sinalização de que se deve aplicar, mormente se for realizada uma interpretação da legislação adjetiva ó penal ou civil ó como um instrumento que deve ser aplicado à luz da Constituição Federal. Segundo porque a norma adjetiva não é um sistema fechado e há uma comunicabilidade dos institutos que propiciam coerência ao sistema jurídico processual brasileiro como um todo. Mas não se pode deixar de ter cautela, já que, ao se implementar a

teoria dos precedentes, instituto com nítido fundamento na *common law*, deve-se adequar as novas técnicas aos princípios constitucionais e regras dos direitos penal e processual penal brasileiro e, assim, instaurar-se a teoria dos precedentes à moda brasileira, como ocorre nos sistemas híbridos que recepcionam os institutos de outros sistemas, mas com adaptações ao direito local.

E nesse ponto, adaptação ao direito local, que a teoria dos precedentes alcança a coisa julgada. Ora, a coisa julgada nos direitos penal e processual penal brasileiro pode ser mitigada diante da aplicação da teoria dos precedentes, ou seja, pode ser flexibilizada, como já ocorre com a Ação Rescisória (cível) e com a Revisão Criminal e *Habeas Corpus* (penal). Tal flexibilização se fundamenta na realização da justiça, no respeito ao princípio da legalidade e na constitucionalidade das decisões judiciais. O estudo revela que a regra do precedente, ao contrário do que ocorre no direito processual civil, deve retroagir, inclusive afastando a coisa julgada, em uma analogia ao princípio da retroatividade da lei mais benigna, pois o precedente mais benigno deve retroagir beneficiando o acusado. Tal assertiva se fundamenta na máxima de que não é possível que dois entendimentos sobre fatos idênticos sobrevivam em um mesmo contexto, pois, se isso ocorrer, estar-se-á diante da violação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica.

Em relação a tal pormenor ó relativização da coisa julgada com a aplicação da teoria dos precedentes ó a pesquisa realizada, com a análise de casos concretos nos quais a teoria dos precedentes foi aplicada, indica que, com apenas uma decisão, afastou-se dúvidas sobre a interpretação dos direitos penal e processual penal, obrigando os demais juízes a seguir o entendimento exarado na tese jurídica fixada, inclusive afastando a coisa julgada pela via estreita do *Habeas Corpus*. Houve, portanto, uma alteração do panorama dos direitos penal e processual penal brasileiro com a teoria dos precedentes, não com a criação de novos tipos penais e novos procedimentos processuais, mas com a estabilização e a aplicação dos institutos com força obrigatória e vinculante, garantindo segurança jurídica ao sistema penal brasileiro.

Portanto, o estudo revela que as hipóteses inicialmente apresentadas são confirmadas, pois, após a pesquisa da literatura sobre o tema, bem como da pesquisa da prática judicial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que a teoria dos precedentes paulatinamente vem afetando o sistema brasileiro com influência do sistema da *common law*, pois a teoria hermenêutica e a prática da jurisprudência persuasiva, utilizadas para o enfrentamento das questões na *civil law*, não são suficientes para garantir a segurança jurídica

do sistema penal e processual penal. De outro lado, nos direitos penal e processual penal, há a utilização ampla da teoria dos precedentes para fundamentar seus pleitos e decisões, ainda que expressamente não se afirme estar diante do sistema de precedentes. E mais, o sistema brasileiro evoluiu, contudo não está caminhando para o sistema da *common law*, oriundo do direito inglês ou norte-americano, mas a *civil law* brasileira está sendo alterada, mantendo suas características básicas e incorporando institutos da *common law*.

A não refutação das hipóteses apresentadas corroboram para a tese apresentada no sentido de que o sistema brasileiro da *civil law*, com a teoria e a prática dos precedentes vinculantes, por influência do sistema da *common law*, está evoluindo e se alterando para um sistema híbrido, no qual permanecem as características do direito romano-germânico (*civil law*), mas mitigadas pelas características do direito anglo-saxão (*common law*), garantindo maior segurança jurídica ao sistema brasileiro.

Enfim, o sistema brasileiro da *civil law*, com a teoria e a prática dos precedentes, altera o panorama do magistrado frente ao direito. Há uma migração na forma de interpretar os textos normativos, pois no início aplicava-se a lei (juiz õboca da leiö), após passou-se a aplicar a lei com complementação judicial (juiz da jurisprudência persuasiva) e com a adoção da teoria dos precedentes (juiz vinculado), o juiz deverá analisar o texto normativo e o precedente vinculante que já foi implementado sobre o referido texto, ou seja, limitou-se a liberdade hermenêutica que existia ao juiz e, assim, reduziu o quadro de atuação do magistrado.

Com a redução do campo hermenêutico, pode-se reduzir também as incertezas e, assim propiciar-se maior segurança jurídica e estabilidade ao sistema jurídico brasileiro. Nesse contexto, o juiz da teoria dos precedentes deve zelar pela estabilidade dos direitos penal e processual penal. As regras da teoria dos precedentes foram construídas, no direito brasileiro, de forma a constranger o magistrado a seguir o precedente, ou seja, pode-se até não concordar com o precedente, mas deve-se aplicá-lo, pois se o não fizer, fora das hipóteses do *distinguishing* e do *overruling*, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fazer valer, de forma rápida, o precedente vinculante anteriormente firmado e preservar a uniformidade do sistema jurídico. Assim, o juiz da teoria dos precedentes deve ser comprometido com a igualdade e a segurança jurídica e, dessa forma, seguir o precedente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. *Autoprecedente y creación de precedentes em el tribunal supremo*. In: Revista Teoria Jurídica Contemporânea, 1:2-1, julho-dezembro, p. 238-271, UFRJ, 2016.

ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. Rio de Janeiro: Ed. do autor, 1984.

ALBUQUERQUE, Márcio Vítor Meyer. *A evolução histórica do habeas corpus e sua importância constitucional e processual como forma de resguardar o direito de liberdade*. Dissertação de Mestrado, UNIFOR-CE, 2007, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041665.pdf>, acesso em 03/12/2018, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1901.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. *Direitos Constitucionais Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

_____. *O ativismo judicial da república togada e o princípio da legalidade na democracia parlamentar: uma breve análise crítica acerca de algumas decisões do supremo tribunal federal, sob as luzes da separação dos poderes e da soberania popular*, 27 International Law. In: Revista Colombiana de Derecho Internacional, 167-198 (2015), disponível em <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il15-27.oajr>, doi:10.11144/Javeriana.il15-27.oajr, ISSN:1692-8156, acesso em 07-01-2019, 2015.

_____. *O indulto de Natal: uma breve análise acerca da ADI 5.874 proposta em face do Decreto n.º 9.246/2017*. In: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5316, 20 jan. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63537>>. Acesso em: 13 maio 2019, 2019.

_____. *A legalidade e o imposto sobre grandes fortunas: uma breve análise acerca das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão n.ºs 26 e 31 e do Mandado de Injunção n.º 4.733*. Mimeo, 2019.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Armênio Amado, Coleção STVDIUM, 1987.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Marin Claret, 2002.

ASSIS, João Francisco de. *Juizados especiais criminais: Justiça penal consensual e medidas despenalizadoras*. Curitiba: Juruá, 2011.

ATIENZA, Manuel. *Valorização de precedentes tem relação coma crise política*. CONJUR, 2017. Acesso em 14-09-2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro, Ed. Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. Disponível em <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/RuiBarbosa/113714/pdf/113714.pdf>. Acesso em 03/12/2018, 1989.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Uma introdução à doutrina dos precedentes vinculantes e obrigatórios*. In: *Revista Teoria Jurídica Contemporânea*, 1:2-1, julho-dezembro, p. 147-171, UFRJ, 2016.

BARKER, Robert S. *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de Los Estados Unidos*. Lima: Ed. Grijley, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva-Digital, 2012.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª ed., Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, Brasília-DF, 2016.

BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1984.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Bauru, São Paulo: Edipro, 1997.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Augusto. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetivação da sanção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELING, Ernest. *Derecho processal penal*. 1943.

BENJAMIN, N. Cardozo. *The Nature Of Judicial Process*. New Haven, Yale University Press, 1921. Disponível em <http://www.constitution.org/cmt/cardozo/jud_proc.htm>. Acesso em 28-05-2018, 1921.

BERMUDES, Sérgio. *Coisa julgada ilegal e segurança jurídica*. In: Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2ª Ed., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito*. 2ª Ed., São Paulo: Francisco Alves, 1929.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2, Dos Crimes Contra a Pessoa. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. 2ª Ed. Tradução de Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1077/1010>. Acesso em 17-05-2019,1994.

BRASIL, CÂMARA. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-exposicaodemotivos-149280-pl.html>. Acesso em 23-01-2019, 2009.

BRASIL, CF, 1988, *Constituição da República Federal do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 03/12/2018, 1988.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 14-02-2108, 2018.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *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*. Coordenador Thomas da Rosa de Bustamante et al. Disponível em <www.cnj.jus.br>. Acesso em 10-01-2018, 2015.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório do Banco Nacional de Dados de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatório*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/03a6c043d7b9946768ac79a7a94309af.pdf>. Acesso em 30-11-2018, 2018.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Demandas Repetitivas e Precedentes Judiciais 2017*. Disponível em <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/86165-pais-possui-2-1-milhoes-de-processos-pendentes-de-solucao-identica>. Acesso em 08-02-2018, 2017.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 10-01-2019, 2018.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Maria da Penha: Relatório*. Disponível em http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5f271e3f54a853da92749ed051cf3059_18ead26dd2ab9cb18f8cb59165b61f27.pdf. Acesso em 07-02-2019, 2018.

BRASIL, CNJ-CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Notícia, Tribunais de Justiça foram os que mais admitiram repetitivos*. Disponível em http://linearclipping.com.br/cnj/site/m012/noticia.asp?cd_noticia=47104407. Acesso em 31-11-2018, 2018.

BRASIL. *CORREIO*. Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/eu-estudante/tf_carreira/2018/02/18/tf_carreira_interna,660584/tecnologias-alteram-modelos-de-trabalho-que-passam-a-ser-mais-flexive.shtml. Acesso em 02-03-2018.

BRASIL, *CP*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 23-01-2019, 1830.

BRASIL, *CP*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em 23-01-2019, 1890.

BRASIL, *CP*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 23-01-2019, 1940.

BRASIL. *CPC 2015*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01-08-2016, 2015.

BRASIL. *Furto*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em 23-11-2018, 1940.

BRASIL. *Lei Maria da Penha*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em 24-11-2018, 2006.

BRASIL. *STF-Supremo Tribunal Federal*. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 25-01-2018, 2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=461>. Acesso em 01-08-2016, 2016.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. *ADIn por omissão n.º 1439/DF, Min. Relator Celso de Mello*, 1996.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. *ADI n.º 2418/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, J. 04-05-2016*, 2016.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. *AG. REG. no RE com AGRADO n.º 1.064.655*. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 03-05-2019, 2017.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. *AI n.º 664567*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2525122>. Acesso em 18-05-2019.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal*. *AI n.º 693573*. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2579411>. Acesso em 18-05-2019.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. AR 2.572 AgR voto do min. Gilmar Mendes, red p/ o ac. min Dias Toffoli.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1472>. Acesso em 13-05-2019, 2017.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Efeito penal.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4527270&numeroProcesso=795567&classeProcesso=RE&numeroTema=187#>. Acesso em 11-02-2019, 2015.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Estatística repercussão geral.* Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 01-02-2019, 2019.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424/RS, Min. Maurício Corrêa.* Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em 13-05-2019.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 109.956.* Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+109956%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+109956%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ahhnuph>. Acesso em 03/12/2018, 2012.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 153.397/SP, 2018, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.* Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339114024&ext=.pdf>. Acesso em 04-12-2018, 2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 123.108/MG, 2015, Relator Ministro Roberto Barroso.* Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308572070&ext=.pdf>. Acesso em 04-12-2018, 2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 104.998/SP, Relator Ministro Dias Toffoli.* Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CERTIDAO+OBITO+FALSA+EXTINCAO+PUNIBILIDADE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9vytxxr>. Acesso em 11-01-2019, 2010.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Liberdade.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente>

=5165094&numeroProcesso=1038925&classeProcesso=RE&numeroTema=959#. Acesso em 11-02-2019, 2017.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.º 4.733*. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 11-05-2019, 2013.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Regime*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5201890&numeroProcesso=1052700&classeProcesso=ARE&numeroTema=972#>. Acesso em 11-02-2019, 2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Repositório*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepositorioJurisprudencia>. Acesso em 02-03-2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Regimento*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em 14-02-2019, 2018.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Transação penal*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2694603&numeroProcesso=602072&classeProcesso=RE&numeroTema=238#>. Acesso em 11-02-2019, 2009.

BRASIL, *STF-Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n.º 35*. Disponível em <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28RECLAMACAO+A+HOMOLOGACAO+DA+TRANSACAO+PENAL+PREVISTA+NO+ARTIGO+76+DA+LEI+9%2E099%2F1995+NAO+FAZ+COISA+JULGADA+MATERIAL+E%2C+DESCUMPRIDAS+SUAS+CLAUSULAS%2C+RETOMASSE+A+SITUACAO+ANTERIOR%2C+POSSIBILITANDO+SE+AO+MINISTERIO+PUBLICO+A+CONTINUIDADE+DA+PERSECUCAO+PENAL+MEDIANTE+OFERECIMENTO+DE+DENUNCIA+OU+REQUISICAO+DE+INQUERITO+POLICIAL%29%29+E+S%2EFLSV%2E&base=baseSumulasVinculantes&url=http://tinyurl.com/yyjryy4c>. Acesso em 11-02-2019, 2014.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça*, 2018. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 25-01-2018 e 07-02-2018.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Absoluta*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em 23-11-2018, 2015.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Ação penal*. Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1097042. Acesso em 24-11-2018, 2016.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Ação penal*. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7967258&num_registro=200802279706&data=20100521&tipo=51&formato=PD. Acesso em 24-11-2018, 2009.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Ação penal condicionada*. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RESP+1097042&repetitivos=REPETITIVOS&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em 24-11-2018, 2010.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Crime meio*. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=59166086&num_registro=201301291260&data=20160815&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 23-11-2018, 2013.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça, Diário. Instrução Normativa STJ/GP n. 6*, de 12 de junho de 2018.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Estatística recurso repetitivo*. Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em 01-02-2019, 2019.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Estupro*. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1480881&repetitivos=REPETITIVOS&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR. Acesso em 23-11-2018, 2015.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Furto*. Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em 23-11-2018, 2012.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Furto privilegiado não qualificado*. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200285830&dt_publicacao=17-05-1993&cod_tipo_documento=1. Acesso em 23-11-2018, 1993.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Furto qualificado e privilegiado*. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em 23-11-2018, 2012.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 407.008/SP, 2017, Relator Ministro Ribeiro Dantas*. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701636511&dt_publicacao=16/02/2018. Acesso em 11-01-2019, 2019.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus*. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=>

201102019327&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 03/12/2018, 2011.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Institucional.* Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Atribui%C3%A7%C3%B5e. Acesso em 22-01-2019, 2019.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Pena.* Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=pena+abaixo+minimo+legal, 2018.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Pena.* Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Acesso em 24-11-2018, 2011.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Pena abaixo do mínimo legal.* Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500300362&dt_publicacao=09/12/1996. Acesso em 24-11-2018, 1996.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Pena não abaixo do mínimo legal.* Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88891268&num_registro=201302277603&data=20181123&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 24-11-2018, 2018.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Relativa.* Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600135754&dt_publicacao=15-06-1998&cod_tipo_documento=3. Acesso em 23-11-2018, 1998.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Repositório.* Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Sob-medida/Advogado/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Reposit%C3%B3rios-de-Jurisprud%C3%Aancia. Acesso em 02-03-2018.

BRASIL, *STJ-Superior Tribunal de Justiça. Roubo.* Disponível em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1499050. Acesso em 24-11-2018, 2015.

BRASIL, *TJAC*, 2018. Disponível em www.tjac.jus.br. Acesso em 14-02-2018.

BRASIL, *TJAM*, 2018. Disponível em www.tjam.jus.br. Acesso em 14-02-2018.

BRASIL, *TJAP*, 2018. Disponível em www.tjap.jus.br. Acesso em 14-02-2018.

BRASIL, *TJAL*, 2018. Disponível em www.tjal.jus.br. Acesso em 16-02-2018.

BRASIL, *TJBA*, 2018. Disponível em www.tjba.jus.br. Acesso em 16-02-2018.

BRASIL, *TJCE*, 2018. Disponível em www.tjce.jus.br. Acesso em 26-02-2018.

BRASIL, *TJDFT*, 2009. *Trecho retirado do voto do Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, TJDFT, Acórdão 387190, 1ª Turma Criminal, julgado em 17/09/2009*. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 20/05/2015.

BRASIL, *TJDFT*. *Trecho do voto do Desembargador Hector Valverde Santanna, TJDFT, acórdão 864585, 6ª Turma Cível, julgado em 29/04/2015*. Disponível em <http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 20/05/2015, 2015.

BRASIL, *TJDFT*, 2018. Disponível em www.tjdft.jus.br. Acesso em 15-02-2018.

BRASIL, *TJES*, 2018. Disponível em www.tjes.jus.br. Acesso em 26-02-2018.

BRASIL, *TJGO*, 2018. Disponível em www.tjgo.jus.br. Acesso em 26-02-2018.

BRASIL, *TJMA*, 2018. Disponível em www.tjma.jus.br. Acesso em 02-03-2018.

BRASIL, *TJMT*, 2018. Disponível em www.tjmt.jus.br. Acesso em 08-03-2018.

BRASIL, *TJMS*, 2018. Disponível em www.tjms.jus.br. Acesso em 06-04-2018.

BRASIL, *TJMG*, 2018. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 08-03-2018.

BRASIL, *TJPA*, 2018. Disponível em www.tjpa.jus.br. Acesso em 09-03-2018.

BRASIL, *TJPB*, 2018. Disponível em www.tjpb.jus.br. Acesso em 09-03-2018.

BRASIL, *TJPR*, 2018. Disponível em www.tjpr.jus.br. Acesso em 09-04-2018.

BRASIL, *TJPE*, 2018. Disponível em www.tjpe.jus.br. Acesso em 09-04-2018.

BRASIL, *TJPI*, 2018. Disponível em www.tjpi.jus.br. Acesso em 09-04-2018.

BRASIL, *TJRJ*, 2018. Disponível em www.tjrj.jus.br. Acesso em 16-04-2018.

BRASIL, *TJRN*, 2018. Disponível em www.tjrn.jus.br. Acesso em 21-04-2018.

BRASIL, *TJRS*, 2018. Disponível em www.tjrs.jus.br. Acesso em 04-05-2018.

BRASIL, *TJRO*, 2018. Disponível em www.tjro.jus.br. Acesso em 30-04-2018.

BRASIL, *TJRR*, 2018, disponível em www.tjrr.jus.br. Acesso em 16-02-2018.

BRASIL, *TJSC*, 2018, disponível em www.tjsc.jus.br. Acesso em 03-05-2018.

BRASIL, *TJSP*, 2018, disponível em www.tjsp.jus.br. Acesso em 30-04-2018.

BRASIL, *TJSE*, 2018, disponível em www.tjse.jus.br. Acesso em 27-04-2018.

BRASIL, *TJTO*, 2018, disponível em www.tjto.jus.br. Acesso em 27-04-2018.

BRASIL, *TRF1*, 2018, disponível em www.trf1.jus.br. Acesso em 13-05-2018.

BRASIL, *TRF2*, 2018, disponível em www.trf2.jus.br. Acesso em 15-05-2018.

BRASIL, *TRF2*, 2018, disponível em www.trf3.jus.br. Acesso em 15-05-2018.

BRASIL, *TRF4*, 2018, disponível em www.trf4.jus.br. Acesso em 15-05-2018.

BRASIL, *TRF5*, 2018, disponível em www.trf5.jus.br. acesso em 15-05-2018.

BRUNO, Anibal. *Direito penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUENO, Cassio Scarpnella. *Coisa julgada inconstitucional: uma homenagem ao Araken de Assis, in Execução civil e temas afins, do CPC/1973 ao Novo CPC, estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. Coordenação Arruda Alvin *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. DIDIER JR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador: Juspodvm, 2018.

CAENEGEM, R.C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico ó Elsevier, 2010.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. In: Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros-AMB, Ano 5, n.º 11, Rio de Janeiro, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre-RS: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO MENDES, João de. *Limites objetivos do caso julgado em processo civil*. Lisboa: Ática, 1968.

CHIASSONI, Pierluigi. *The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction*. Tradutor Thiago de Pádua. Universitas Jus, v. 27, n.º 1, 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª Ed., Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHOURK, Fauzi Hassan. *Da Inaplicabilidade da Lei n.º 9.099/1995*. In: Lei Maria da Penha Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. Carmen Hein Campos (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CNI-Confederação Nacional da Indústria. *Competitividade e segurança jurídica*. Mimeo, 2018.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONTEUDOJURIDICO. *Dicionário Jurídico Online*. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver+23853.29696>. Acesso em 11-05-2019, 2010.

CONTRUCCI, Gustavo. *O que é evolução do direito*. São Paulo: Brasiliense, Ebook, 2010.

CÓRDOVA, Luis Castillo (Perú). *La jurisprudencia vinculante del tribunal constitucional*. In: SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. *El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada*. 2ª Edição, Perú: Adrus D&L Editores, 2014.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher*. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência Doméstica: vulnerabilidade e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos repetitivos, súmula vinculantes e coisa julgada*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Curso de direito penal*. 8ª Ed., São Paulo: DPJ Editora, 2005.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: Teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Rumo a um processo penal democrático*. In: Justiça criminal e democracia. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Repercussões do novo CPC, Processo Penal*. CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador: Juspodvm, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

DA SILVA, Maria Coeli Nobre; LEITE, Maria Oderlânia Torquato. *O microsistema dos precedentes judiciais vinculantes em contexto de uma reforma judiciária inconclusa*. In: *Processo, jurisdição e efetividade da justiça I*, organização CONPENDI ó UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/5mojv6ev/C52T8x5OmFP2n6Z3.pdf>, acesso em 02-03-2018), 2015.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito inglês*. 2ª Edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Podivm, 2016.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, João Luís Fischer. *O efeito vinculante: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais*. São Paulo: IOB Thompson, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Maria da penha: uma lei constitucional e incondicional*. Disponível em [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_796\)maria_da_penha_uma_lei_constitucional_e_incondicional.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_796)maria_da_penha_uma_lei_constitucional_e_incondicional.pdf). Acesso em 05-02-2019, 2012.

DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em www.dicio.com.br. Acesso em 11-05-2019.

DIDIER JR., Fredie. *Decisão em controle concentrado de constitucionalidade. Reclamação por desrespeito ao dispositivo e ao precedente*. Editorial 168, 2013. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-168/>>. Acesso em 27-06-2016, 2013.

DINIZ, Antonio Carlos de A. *Efeito vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n.º 33, 1 jul. 1999. In: <<http://jus.com.br/artigos/252>>. Acesso em 24-05-2018, 1999.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DRUMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de common law e de civil law*. In: *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. Luiz Guilherme Marinoni coordenador, Salvador: Podivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2007.

EGAÑA, José Luiz Cea (Chile). *Reforma a médio caminho. El precedente en la jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile*, in SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. *El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada*. 2ª Edição, Perú: Adrus D&L Editores, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. *O precedente vinculante no sistema norte-americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente*. 2016. Disponível em www.magisteronline.com.br/mgstrrc/lpex.dll?=-templates&fn=index.htm. Acesso em 17-02-2017, 2016.

FARIA, Bento. *Código penal brasileiro (comentado)*. Vol. VI, Parte Especial (arts. 213 a 285). Rio de Janeiro: Record, 1959.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Aménio Amado. Coleção STVDIUM, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FGV-Fundação Getúlio Vargas, Direito Rio ó Centro Justiça e Sociedade ó CJUS. *Projeto ãPanacéia universal ou remédio constitucional? Habeas Corpus nos Tribunais Superiores*, 2017.

FIGUEIREDO, Antônio Macena de; SOUZA, Soraia Riva Goudinho de. *Como Elaborar Projetos, Monografias, Dissertações e Teses: Da Redação Científica à Apresentação do Texto Final*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FISCHER, Douglas. *Repercussões do novo cpc, Processo Penal*. CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti. Salvador: Juspodvm, 2016.

FONSECA, Maria Gaudalupe Piragibe, *Iniciação à pesquisa no direito: Pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Especial*. vol. 1, 8ª Ed., Rio de janeiro: Forense, 1986.

_____. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. *Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e Cláusulas Gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

FUX, Luiz. *O novo processo civil*. Revista TST, Vol. 80, nº 4, out/dez, Brasília, 2014.

_____. Prefácio. In: *Jurisdições Mistas: Um conceito de Jurisdição*, HASELOF, Fabíola Utzig, Belo Horizonte, Fórum, 2018.

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GARCIA, Hernán Alejandro Olano (Colombia). *El valor del precedente*. In: SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. *El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada*, 2ª Edição, Perú: Adrus D&L Editores, 2014.

GERHARDT, Michael J. *Reviewed How a Judge Thinks*. Richard A. Posner, University Press, 2008, Minnesota Law Review, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito Tributário nos Estados Unidos*: São Paulo: Lex Editora, 2004.

_____. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri, SP: Manole, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*: São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador: Juspodvm, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I, Niterói, Rio de Janeiro, Ed. Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal. Parte Especial*. vol. II, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. vol. I, Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

_____. *Curso de direito penal, Parte geral*. volume I, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *O comentário*. 2014. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 02-07-2018, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Igualdade na aplicação da lei no Brasil e os precedentes nativos, in Processo Civil: Nas tradições brasileira e ibero-americana*. Coordenadores Alexandre Freire, Lúcio Delfino, Pedro Miranda de Oliveira e Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro, Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

GUEDES, Jefferson Carús; PÁDUA, Thiago Aguiar. *Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling?* Disponível em , acesso em 10-05-2019, 2015.

HANNA, John. *The Role of Precedent in Judicial Decision*. 2 Vill. L. Rev. 367, Charles Widger School of Law, Villanova University, 1957. Disponível em <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol2/iss3/2>. Acesso em 03-03-2018, 1957.

HARE, Michard Mervyn. *Ética: problemas e respostas*. São Paulo, Ed. Unesp, 2003.

HASELOF, Fabíola Utzig. *Jurisdições mistas: um novo conceito de jurisdição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HASSAMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2005.

_____. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2007.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendel. *The common law. Reprint. Originally published*. Boston: Little, Brown, Introduction copyright 1991 by Sheldon N. Novick, 1881.

_____. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal: vol. V*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

_____. *Comentários ao Código Penal: vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Comentários ao Código Penal: vol. VII*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. *Comentários ao código penal: vol. VIII*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

HURTADO, Pablo Bravo. *Precedente vinculante versus independência judicial en Chile*. El Mercurio, Chile, 2014, disponível em <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/07/22/Precedente-vinculante-versus-independencia-judicial-en-Chile.aspx>, acesso em 06-03-2018, 2014.

IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4607-EDITORIAL-Relativizacao-do-estupro-de-vulneravel. Acesso em 28-01-2019, 2012.

IOTTI, Paulo. *O mandado de injunção e a criminalização de condutas*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas?imprimir=1>. Acesso em 06-05-2019, 2014.

_____. *Primeiras impressões do histórico voto do Ministro Celso de Mello sobre a criminalização da homotransfobia*. Disponível em <http://www.justificando.com/2019/02/17/primeiras-impressoes-do-historico-voto-do-min-celso-de-mello-sobre-a-criminalizacao-da-homotransfobia/>. Acesso em 06-05-2019, 2019.

ISHIDA, Válter Kenji. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Não creem na teoria geral do processo, mas que ela existe, existe, as bruxas estão soltas*. 2014. Disponível em www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 02-07-2018, 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*, 5ª Ed., Granada, Ed. Comares Editorial, 2002.

JHERING, Rudolf Von, *A evolução do direito*, Antiga Casa Bertrand-José Bastos & Cia Editores, Lisboa, 1963.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005.

_____. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2ª Tiragem, 2011.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: Juspodium, 2018.

KREBS. Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo, Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2015.

KRIEKEN, Robert Van. *Law's Autonomy In Action: Anthropology And History In Court*. University of Sydney, Australia, 2006. Disponível em <http://sls.sagepub.com/content/15/4/574>. Acesso em 28-05-2018, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1996.

LANGER, Máximo. *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Amercianization Thesis in Criminal Procedure*. Harvard International Law Journal, Volume 45, Number 1, Winter 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal, vol. II*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1955.

LOPES, Luciano Santos. *A relação entre o tipo legal de crime e a ilicitude: uma análise do tipo total do injusto*. 2010. 245 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

_____. *A verificação de uma valoração ético-sexual nos elementos normativos dos tipos legais dos crimes contra os costumes*, Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Buritis, v. 8, n. 1, 2012, disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D1-02.pdf>>, acesso em 10-04-2019, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e reforma do judiciário*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria geral do processo é danosa para a boa saúde do processo penal*. 2014. Disponível em www.direitoprocessual.org.br/index.php?uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo. Acesso em 02-07-2018, 2014.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de João Protásio Farias Domingues Vargas e Marjorie Corrêa Marona, 2003. Disponível em http://lkservices.com/maetria-2003-1/descargas/517derecho_luhmann.pdf. Acesso em 28-05-2018, 2003.

LUIZI, Luiz. *O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LUZIA, Doutora. Disponível em <https://canaltech.com.br/robotica/dra-luzia-primeira-robot-advogada-do-brasil-ja-tem-sua-primeira-missao-96658/> ó acesso em 02-03-2018.

MACCORMICK, H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents: A comparative study*. Aldershot, Ashgate, 1997.

MACHADO, Antônio Alberto. *Teoria geral do processo penal*. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Bruno Amaral. *DISCURSOS CRIMINOLÓGICOS SOBRE O CRIME E O DIREITO PENAL: COMUNICAÇÃO E DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL*, 2012, disponível em <https://uniceub.br/media/180340/Artigo_DiscursosCriminologicos.pdf>, acesso em 14-05-2015, 2012.

MADISON, James. *Os artigos federalistas*, Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1993.

MANZINI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*, Padova, Itália, Ed. Cedam, 10ª Edição, 1950.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*, vol I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980.

MARTINUZZI, Alessandro. *Il valore del precedente giurisprudenziale nell'ordinamento costituzionale*, Tesi, Università Di Bologna, disponível em http://amsdottorato.unibo.it/7466/1/martinuzzi_alessandro_tesi.pdf, acesso em 15-01-2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2000.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, Ed. Universidade Católica, 1999.

MEDINA, Diego Eduardo López, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Bogotá-Colômbia, Universidad de los Andes, Ed. Legis, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 33 ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2008.

_____. *O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil*, Revista Universitas Jus, v. 26, n. 2, 2015, <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/3596/2842>, acesso em 14-12-2018, 2015.

_____. *O novo CPC e a força dos precedentes no Direito Brasileiro*, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/serie-os-precedentes-no-novo-cpc-08032016/1/6>, acesso em 22-01-2019, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

MENCHINI, Sérgio. *Il giudicato civile*, 2ª Ed., Torino, Ed. Torino, 2002.

MILL, Stuart. *Utilitarismo*, São Paulo, Ed. Escala, 2007.

MINAMI, M. Y., PEIXOTO, Ravi. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador, Ed. Juspodvm, 2018.

MONEBHURRUN, Nitishi. *Manual de metodologia jurídica: Técnicas para argumentar em textos jurídicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2015.

MONEBHURRUN, Nitishi. VARELLA, Marcelo D., *O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos Programas*, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília v. 10, n. 1, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, 1º Vol., Parte geral, 32ª Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 30ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. *Dos crimes contra o patrimônio, in Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, 8ª Ed., Coordenação: Alberto Silva Franco e Rui Stoco, São Paulo, Ed. Revistas dos Tribunais, 2007.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*, São Paulo, Ed. Atlas, 2005.

NEVES. A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica ó I. Portugal*, Ed. Coimbra Editora, 2003.

_____. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Ed. Coimbra Editora, 2014.

NIEVA-FENOLLI, Jordi. *Repercussões do novo cpc, Processo Penal*, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador: Juspodvm, 2016.

_____. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador, Ed. Juspodvm, 2018.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*, Salvador-Bahia, Ed. Juspodivm, 2013.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. *Transação penal*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.

NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, V. 2, São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e especial*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, São Paulo, Ed. Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador, Ed. Juspodvm, 2018.

PAGANINI, Juliano Marcondes. *A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir das cláusulas gerais*, in *A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil na UFPR*, Salvador-Bahia, Ed. Juspodivm, 2010.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*, Brasília, Ed. Universidade de Brasília, Finatec, 2011.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1998.

_____. *Ética e Direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado Editora, 2007.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, chapter 7, criminal law, 7ª Edição, Editora Wolters Kluwer Law & Business, Austin-EUA, 2007.

_____. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

_____. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2011.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. São Paulo, Ed. Ibrasa, 1976.

PUGLIESE, Willian. *Precedentes e a civil law brasileira: Interpretação e aplicação do novo código de processo civil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.

RAMÍREZ, German Echeverría. *La garantía de igual aplicación de la ley penal*. Santiago-Chile, Ed. Thomson Reuters, 2013.

_____. *La garantía de igual aplicación de la ley penal*, Santiago-Chile, Ed. Legalpublishing, Universidad de Chile, 2013.

RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito processual penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1997.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma teoria à teoria dos sistemas jurídicos*, São Paulo, Ed. WMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, Ed. Jose Bushatsky, 1973.

_____. *Teoria do direito e do estado*. 3ª Ed., Ed. Martins, 1970.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*, in <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dezanos/article/download/3403/3527>, acesso em 02-03-2018, Brasília, 1999.

REPORTS, *The Weekly Law*, August 5, 1966, disponível em <https://www.queens.ox.ac.uk/sites/www.queens.ox.ac.uk/files/Law18-Reading4-Practice%20Statement%20%5B1966%5D1WLR1234.pdf>, acesso em 15-01-2019, 1966.

RIBEIRO, Cláudio Stábile. *O novo CPC: as conquistas da advocacia*, Marcus Vinicius Furtado Coelho et all, Brasília, Ed. Conselho Federal da OAB, 2015.

RIVERÁ S. José Antonio. *El precedente constitucional y su impacto en el ordenamento jurídico y la actividad de los organos estatales*, in SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. *El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada*, 2ª Edição, Perú, ed. ADRUS D&L Editores, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, 2ª Ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Brasil, Ed. Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*, Portugal, Ed. Almedina, 2007.

ROMANÍ, Carlos Fernández de Casadevante. *Interpretación de las normas internacionales*, Espanha, Ed. Aranzadi Editorial, 1996.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, Bauru, SP, Ed. Edipro, 2000.

_____. *Direito e Justiça*, 2ª, Bauru, SP, Ed. Edipro, 2007.

ROSS, disponível em <https://www.ibm.com/blogs/robertoa/2017/02/primeiro-escritorio-contrata-o-advogado-artificial-ross/> ó acesso em 02-03-2018, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho processal penal*, 1ª Ed., 2ª Reimp., Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2003.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (Argentina). *El valor del precedente de la jurisprudencia de la corte suprema de justicia em EEUU y Argentina*, in SOTOMAYOR, Jhonny Tupayachi. *El precedente constitucional vinculante en el Perú: Análisis y doctrina comparada*, 2ª Edição, Perú, ed. ADRUS D&L Editores, 2014.

SANDEL, Michael J. Sandel. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 2014.

SENRA, Alexandre; SOUZA, Izac Barcelos Pereira de. *Repercussões do novo cpc, Processo Penal*, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Globalização e direito penal*, in Sistema penal contemporâneo: a crítica e o debate, organização de Gisela Maria Bester, Brasília, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciário, 2010.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México- Buenos Aires, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1956.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Repercussões do novo cpc, Processo Penal*, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Constituição e segurança jurídica*, in Constituição e segurança jurídica: Direito adquirido, Ato jurídico perfeito e Coisa julgada, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Coordendora, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009.

SILVA, Marcio Evangelista Ferreira da. *O pronasce e a violência doméstica contra a mulher*, Revista de Direito Público, Parte Geral-Doutrina, Porto Alegre, Ed. Síntese, 2013.

_____. *Hermenêutica e homicídio qualificado*, Brasília, Ed. TJDFT, 2014.

_____. *O novo código de processo civil: a evolução do sistema jurídico*, São Paulo, Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 17, n. 100, Mar-Abr, 2016.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação Penal*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto ó o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre, Ed. Livraria dos Advogados, 2015.

TAGLE, Fernando Liendo. *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico*, Perú, Ed. ARA Editores, 2012.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo, Salvador, Ed. Juspodvm, 2018.

TARUFFO, Michele. *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Ed. Temis, 2006.

_____. *Precedente e jurisprudência* Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul-dez./2014, in <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>, acesso em 01-10-2017, 2014.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. *Repercussões do novo cpc, Processo Penal*, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schiatti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, 5ª Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1994.

TUNC, André. *El derecho en Estados Unidos*, Barcelona, Ed. Oikos-Tau, 1971.

USP, *Magna Charta Libertarum*, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>, acesso em 15-05-2019, 1215.

VARELLA, Marcelo Dias; FREITAS FILHO, Roberto. *Regras gerais para escrever trabalhos acadêmicos*. Uniceub-DF, disponível em www.uniceub.br. Acesso em 03-04-2019.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*, Porto Alegre, Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, Ed. Martins Fontes, 2009.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*, Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Temas Essenciais do Novo CPC*, São Paulo, Thomson Reuters, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*, Direito Jurisprudencial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume, Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Ed. Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral*, 5ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

ZANATTA, Airton. *A transação penal e o poder discricionário do Ministério Público*, Porto Alegre, Ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do novo cpc*, Processo Penal, CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti, Salvador, Ed. Juspodvm, 2016.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*, Salvador, JusPODIVM, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

ANEXO

**Questionário apresentado aos ministros do Superior Tribunal de Justiça
(Corte Especial e Terceira Seção)**

QUESTIONÁRIO

Brasília, de de 20... .

A sua Excelência o (a) Senhor(a)

Ministro(a)

Superior Tribunal de Justiça

Brasília ó DF

Senhor (a) Ministro(a),

A par de cumprimentá-lo(a), agradeço ceder o seu precioso tempo e contribuição preciosa.

Sou doutorando pelo UniCeub/DF e desenvolvo pesquisa sobre a *Teoria Jurídica e a Prática dos Precedentes Vinculativos no Direito Penal Brasileiro*.

A participação de Vossa Excelência na pesquisa seria de grande valia e engrandeceria os resultados. Os nomes dos participantes da pesquisa serão mantidos em sigilo e não serão citados no corpo do trabalho final da pesquisa.

Segue questionário objetivo sobre o tema estudado.

Respeitosamente,

Marcio Evangelista

QUESTIONÁRIO

1) ao se deparar com casos comuns no dia-a-dia, aplica os precedentes da Corte a que pertence, mesmo que não tenham força vinculante?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

2) no mesmo cenário descrito no item anterior, aplica os precedentes do Supremo Tribunal Federal, mesmo que não tenham força vinculante?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

3) em um caso de difícil solução (*hard case*), na ausência de precedentes das cortes superiores, o senhor aplica a teoria do *stare decisis*?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

4) acredita que a aplicação de precedentes e súmulas vinculantes trazem a segurança jurídica e estabilização no direito penal brasileiro?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

5) acredita que o sistema de precedentes vinculantes trouxe a evolução do sistema do *civil law* devido à influência do *common law*?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

6) já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do *distinguishing*?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

7) já afastou precedentes vinculantes aplicando a técnica do *overruling*?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos; e () discordo totalmente.

8) acredita que respeitar o precedente ou súmula vinculante é igual a respeitar a lei?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos;
e () discordo totalmente.

9) o precedente vinculante é mais impositivo do que a lei, pois naquele a margem de interpretação é menor do que nesta?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos;
e () discordo totalmente.

10) os precedentes vinculativos trazem mais segurança jurídica do que a lei?

a () concordo; b () concordo parcialmente; c () indeciso; d () discordo em certos aspectos;
e () discordo totalmente.

OBRIGADO!