

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luís Felipe Schneider Kircher

UMA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre

2017

LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER

**UMA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2017

LUÍS FELIPE SCHNEIDER KIRCHER

**UMA TEORIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 19 de junho 2017.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Danilo Knijnik  
Orientador

---

Prof. Dr. Aury Lopes Jr.

---

Prof. Dr. Daniel Mitidiero

---

Prof. Dr. Sérgio Wetzel Mattos

## AGRADECIMENTOS

Certamente, uma das coisas mais importantes e gratificantes das conquistas pessoais é compartilhá-las com as pessoas que dela fizeram parte. É preciso, por óbvio, além de compartilhar, agradecer, pelo auxílio direto ou indireto que prestaram. Isso porque um trabalho acadêmico dessa monta é uma obra individual, mas que não se faz sozinho.

Então, vamos aos agradecimentos!

Aos meus pais, Maria Luísa Schneider Kircher e Ricardo Dornelles Kircher, por terem me proporcionado as condições de chegar até aqui e por estarem presentes, ao meu lado, apoiando sempre, não faltando em nenhum momento desta grande jornada.

Aos familiares que sempre apoiaram e acreditaram em meu futuro, com especial referência aos meus avós (*in memoriam*) e ao meu irmão, Rafael Schneider Kircher.

Aos amigos que compreenderam minha ausência e me incentivaram continuamente a nunca desistir.

Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS, referências que influenciarão para sempre em meu modo de sentir e refletir sobre o Direito e sobre o mundo.

Aos colegas de Mestrado (mestrandos e doutorandos), pelos debates e pelas ponderações que me fizeram refletir sobre muitas de minhas convicções, e aprender pela troca de experiências.

Ao Professor Doutor Danilo Knijnik, com a gratidão pela oportunidade de ingresso e pelo acolhimento no âmbito da pós-graduação da UFRGS; e pelo profícuo aprendizado e pela orientação deste estudo.

Ao Professor Doutor Daniel Mitidiero, pelo fraterno convívio, pelo constante incentivo e pelos diversos ensinamentos; e, além disso, por ter despertado em mim o interesse pelo tema dos precedentes.

Aos Professores Doutores Sérgio Mattos, Daniel Mitidiero e Danilo Knijnik, pelas observações precisas quando da banca de qualificação, que me permitiram a correção de algumas imperfeições.

Aos que hoje estão longe, mas que, de alguma forma, fizeram parte dessa difícil empreitada, meu muito obrigado!

Aos servidores da Procuradoria da República no município de Cachoeira do Sul, pela cordial convivência, pela dedicação e pelo profissionalismo.

E, além das pessoas, ao Ministério Público Federal! Instituição a qual muito orgulho tenho de integrar, que está contribuindo enormemente no trabalho de aprimoramento do nosso

país.

É um primeiro passo, importante, mas sigamos em frente! Muito mais virá!

## RESUMO

A presente dissertação aborda o tema dos precedentes judiciais, visando estabelecer uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal. Parte-se de um exame dos fundamentos de base, especialmente acerca da crise do princípio da legalidade e da sua limitação frente ao que se pensava no contexto do Iluminismo. Isso se deu em face da mudança no que significa interpretar o direito, que, contemporaneamente, é percebida como uma atividade adscritiva de sentido aos dispositivos normativos e aos elementos não textuais, ou seja, reconhece-se, em alguma medida, um papel criativo do intérprete. Ainda, contribui para o estado de crise da legalidade o fato de o legislador penal passar a se utilizar também da técnica de redação legislativa aberta, o que potencializa a discricionariedade judicial. Daí que advém a necessidade de precedentes vinculantes no processo penal, como forma de maximização da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade. Além disso, busca-se tratar de como o sistema de precedentes deve funcionar no âmbito do processo penal brasileiro. Abordam-se os conceitos básicos de operacionalização do sistema, como a definição de precedente e suas diferenciações, a distinção e a superação, bem como, a função das Cortes Supremas. Ainda, objetiva-se delimitar como deve funcionar no cotidiano forense o sistema de precedentes no Brasil, apontando-se diferenças frente a uma teoria geral dos precedentes (como a (ir)retroatividade em matéria penal).

**Palavras-chave:** Precedentes Vinculantes. Segurança Jurídica. Legalidade Penal. Interpretação do Direito. Processo Penal.

## ABSTRACT

This paper addresses the issue of judicial precedents, aiming to establish a theory of criminal procedural binding precedents. It is based on an examination of the basic foundations, especially on the crisis of the principle of legality and its limitation compared to what was thought in the context of the Enlightenment. This was due to a change in what it means to interpret law, which at the same time is perceived as an adjectival activity of meaning to normative devices and to non-textual elements, that is, to some extent a creative role of the interpreter is recognized. Moreover, it contributes to the state of crisis of legality the fact that the criminal legislature is also using the technique of open legislative drafting, which enhances judicial discretion. Hence the need for binding precedents in criminal proceedings as a means of maximizing legal certainty, freedom and equality. In addition, it seeks to address how the precedent system should work within the Brazilian criminal procedure. It addresses the basic concepts of operationalization of the system, such as the definition of precedent and its differentiations, distinguishing and overruling, as well as the function of the Supreme Courts. Also, it aims to delimit how the system of precedents in Brazil should work in daily forensics, pointing to differences in relation to a general theory of precedents (such as retroactivity in criminal matters).

**Keywords:** Binding precedents. Legal Certainty. Criminal Law. Interpretation of Law. Criminal Procedure.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA .....</b>	<b>11</b>
<b>PARTE I 6 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS FUNDAMENTAIS: BASES PARA UMA RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES .....</b>	<b>16</b>
<b>A. A PROMESSA NÃO CUMPRIDA: LIMITES DE ALCANCE DA LEGALIDADE PENAL .....</b>	<b>16</b>
<b>1. A Construção Teórica Iluminista Clássica: de Montesquieu a Beccaria .....</b>	<b>16</b>
<b>2. O Direito Penal Moderno e a contenção do Poder Punitivo por meio da Lei (õnobre sonhoö) .....</b>	<b>23</b>
<b>3. Os Subprincípios da Taxatividade e da Determinação da Lei Penal como corolários da Democracia.....</b>	<b>31</b>
<b>4. A Divisão (rígida) de funções entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário .....</b>	<b>37</b>
<b>5. As tradições jurídicas de <i>civil law</i> e <i>common law</i> e os precedentes vinculantes....</b>	<b>42</b>
<b>B. DA NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES COMO GARANTIA DE UNIDADE DO DIREITO.....</b>	<b>49</b>
<b>1. Novos Paradigmas no Âmbito da Teoria da Interpretação: A superação do cognitivismo interpretativo .....</b>	<b>49</b>
<b>2. O papel do Poder Judiciário: A criação normativa como uma tarefa colaborativa e o papel reconstrutivo do juiz.....</b>	<b>55</b>
<b>3. Novos Paradigmas na Técnica de Redação Legislativa no Direito Penal Contemporâneo: os tipos abertos e a (tendencial) flexibilização do subprincípio da taxatividade .....</b>	<b>58</b>
<b>4. A Segurança jurídica vista a partir de um conceito dinâmico de legalidade (õLaw in Actionö): Da necessidade de Precedentes vinculantes em matéria penal .....</b>	<b>63</b>
<b>5. A justificação interna e externa, a coerência e a universalização como fontes de racionalização da atividade e do resultado interpretativo .....</b>	<b>69</b>

<b>PARTE II ó SISTEMA JURÍDICO-PENAL E PRECEDENTES VINCULANTES: BASES PARA OPERACIONALIZAÇÃO PRÁTICA .....</b>	<b>76</b>
<b>A. DELINEAMENTO CONCEITUAL PARA UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO ÂMBITO PENAL .....</b>	<b>76</b>
<b>1. Jurisprudência, súmulas, decisão judicial e precedentes: Distinções estruturais</b>	<b>76</b>
<b>2. As diferentes funções dos Tribunais: Cortes Supremas (de interpretação/unidade/ precedentes) e Cortes de Justiça (de controle/uniformização/jurisprudência) .....</b>	<b>81</b>
<b>3. A forma de julgamento nas Cortes Supremas .....</b>	<b>87</b>
<b>4. Possíveis críticas ao sistema de precedentes vinculantes: Superando resistências e preconceitos .....</b>	<b>92</b>
<b>5. Aplicação subsidiária do CPC na seara criminal (?) e a necessidade de reconstrução normativa do sistema .....</b>	<b>98</b>
<b>B. OPERANDO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>106</b>
<b>1. As formas de vinculação: A vinculação horizontal e a vinculação vertical.....</b>	<b>106</b>
<b>2. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> .....</b>	<b>109</b>
<b>3. Distinções e superações.....</b>	<b>114</b>
<b>4. O Incidente de Demandas Repetitivas (IRDR), os Recursos Especial e Extraordinário repetitivos e o Incidente de Assunção de Competência (IAC) em matéria penal.....</b>	<b>120</b>
<b>5. Consequências de superação de precedentes penais: A irretroatividade e retroatividade (direito processual e material) .....</b>	<b>127</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>134</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>138</b>

## INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O ideal, em termos políticos, quando nos referimos ao Estado de Direito <sup>1</sup>, contemporaneamente, é de um estado em que se garanta a certeza do direito e a previsibilidade das decisões judiciais. É nesse contexto que surgem os precedentes judiciais vinculantes, como uma ferramenta de densificação da segurança jurídica e de garantia da igualdade e da liberdade dos cidadãos.

Entretanto, o tema dos precedentes, definitivamente, não tem sido explorado com a profundidade devida no âmbito da doutrina processual penal brasileira, podendo-se afirmar que, nessa seara, trata-se, praticamente, de um “não tema”<sup>2 3</sup>. Isso é facilmente verificável quando se lê os cursos<sup>4</sup> que tratam do direito processual penal brasileiro, o que gera como reflexo falta de clareza e de aplicabilidade no âmbito prático.

A par disso, o déficit de segurança jurídica, com a falta de previsibilidade das decisões judiciais, tem sido uma marca do sistema jurídico brasileiro (penal), inclusive no âmbito dos Tribunais Superiores. Em face dessa constatação, e a fim de que o cidadão possa definir livremente as suas condutas por meio de escolhas conscientes (com consequências claramente estipuladas de maneira prévia) e, portanto, autodeterminar-se de acordo com o direito, é preciso pensar soluções para uma correção de rumos.

Constata-se que o Código de Processo Civil de 2015 caminhou nesse sentido, buscando trazer uma maior racionalidade ao sistema, quando instituiu um regime de precedentes formalmente vinculantes<sup>5</sup>. Em razão disso, o debate acerca desse tema, com o apontamento das razões que justificam a adoção desse “novo” mecanismo, tem se desenvolvido no âmbito não

---

<sup>1</sup> Expressão referida textualmente na Constituição Federal de 1988 no artigo 1º “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ”.

<sup>2</sup> Um dos poucos estudos monográficos que traz uma visão sobre precedentes/jurisprudência na perspectiva penal é: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>3</sup> Fato que também foi verificado na Itália no final dos anos 90, conforme: CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. 14-36.

<sup>4</sup> Exemplos disso podem ser vistos mesmo em excelentes cursos de processo penal, tais como: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>5</sup> Principalmente nos artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927.

penal<sup>6</sup> com certo vigor<sup>7</sup>, mas, como dito, isso não ocorreu (está ocorrendo) na seara criminal. É o que se pretende fomentar com o presente trabalho.

Contemporaneamente, percebe-se que a legislação tomada de forma isolada (“*law in the books*”) tem sido insuficiente para garantir a orientação de condutas, uma vez que ela pode ser interpretada de diversas formas quando da sua aplicação pelo Poder Judiciário (“*law in action*”). Os exemplos são absolutamente abundantes e estão presentes em todos os ramos do direito, inclusive no âmbito penal.

À guisa de ilustração, podemos citar o atualíssimo caso que dominou o debate jurídico-penal recentemente, que foi a definição dos contornos do direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, LVII da CR/88) e da consequente possibilidade ou não de execução provisória da pena (limites impostos pela presunção de inocência). Várias orientações doutrinárias<sup>8</sup> e jurisprudenciais se sucederam ao longo do tempo.

O Supremo Tribunal Federal, desde a vigência da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2009, entendeu ser possível a execução provisória da pena a partir da decisão de segundo grau e que isso não feriria a presunção de inocência, em razão de que os recursos extraordinários não gozavam de efeito suspensivo<sup>9</sup>. Em 2009, o Tribunal alterou o seu posicionamento e passou a considerar que, em regra<sup>10</sup>, o condenado tinha o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado, tendo em vista o teor “literal” do dispositivo constitucional<sup>11</sup>.

Em fevereiro de 2016, no entanto, em mais uma mudança de orientação, a Suprema Corte voltou a entender que o princípio da presunção de inocência não vedava a execução provisória da pena a partir do segundo grau de jurisdição<sup>12</sup>. Além desse, outros casos poderiam

<sup>6</sup> Compartilhamos da ideia de que esse é um tema que está inserido no âmbito da teoria geral do direito (transetorial) como refere, por exemplo: MITIDIÉRO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89.

<sup>7</sup> Apenas para citar alguns exemplos monográficos: MITIDIÉRO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, e ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

<sup>8</sup> Ilustrativamente: FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77. p. 64-70. (a favor da execução provisória) e LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 689-691 (contra a execução provisória).

<sup>9</sup> Ilustrativo dessa posição: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91.675/PA. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 04 set. 2007. DJ 07 dez. 2007.

<sup>10</sup> Salvo a necessidade de prisão cautelar, de acordo com as hipóteses legais específicas (previstas no art. 312 do Código de Processo Penal).

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.078/SP. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009. DJ 26 fev. 2010.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. DJe 17 maio 2016.

ser citados como exemplos de alteração de compreensão sobre o significado do direito ou, mais precisamente, de (re)significação dos textos.

Logo, percebe-se que a norma é o resultado da interpretação e não o seu objeto, que consiste no texto legislado. Essa afirmação se situa no âmbito da teoria geral do direito, sendo aplicada validamente para todas as searas jurídicas, dentre elas, a criminal. Esse reconhecimento tem um potencial de transformação sobre a concepção e a compreensão de vários institutos jurídicos (como, por exemplo, o contraditório e a fundamentação).

Com isso, deve-se superar a teoria cognitivista da interpretação jurídica, que pressupunha que o ato interpretativo consistia apenas na declaração do direito (da norma) preexistente na lei (texto legal). É necessário ter-se em conta que interpretar significa adscrever sentido aos textos e aos elementos não textuais (como o costume, por exemplo) da ordem jurídica.<sup>13</sup>

Notadamente por essa razão, o precedente deve ser visto como direito vigente e, conseqüentemente, como vinculante no ordenamento jurídico. A adoção de um sistema de precedentes vem servir para a densificação da segurança jurídica, com um incremento no que se refere à proteção da liberdade (possibilidade de escolhas conscientes dos atos a praticar com as conseqüências previamente delimitadas) e da igualdade (tratamento de situações idênticas de maneira igual) das pessoas frente ao direito.<sup>14</sup>

Um ponto que precisa ser salientado é de que o direito deve ser igual para todos, salvo, obviamente, nos casos que se revelam distintos<sup>15</sup>. Não se pode considerar normal que, mesmo em face de casos marcadamente idênticos, se decida de forma diversa, sendo que o fato determinante para a solução da causa seja apenas a distribuição processual, em uma verdadeira loteria jurídica<sup>16</sup>.

Além disso, o exercício racional do poder, em termos jurídicos, é um pressuposto para a afirmação do Estado Democrático de Direito, bem como para a proteção de direitos fundamentais, evitando-se a arbitrariedade e promovendo a paz social. Assim, o Direito visa à

<sup>13</sup> Dentre outros: GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 13-37.

<sup>14</sup> Nesse sentido: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-25.

<sup>15</sup> Lembre-se que a Constituição contempla o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*) e, portanto, é um corolário lógico que situações jurídicas substancialmente iguais devem ser tratadas de maneira idêntica.

<sup>16</sup> Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001. No referido ensaio o autor aponta que “A ideia da *jurisprudência lotérica* se insere justamente nesse contexto; isto é, quando 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.”. (p. 111.)

contenção da violência, sendo um meio de proteção da liberdade e da igualdade de todos, a fim de que cada um possa buscar seus objetivos de vida.

Essa temática é especificamente importante quando tratamos do direito penal, pois é por meio desse ramo jurídico que o Estado exerce legitimamente o exercício da violência, com a limitação drástica de bens jurídicos fundamentais, como a liberdade e o patrimônio. Aqui a segurança jurídica tem um papel ainda mais central, pois sem ela erode a própria legitimidade do Direito Penal.

O princípio constitucional da Legalidade sempre foi visto como o grande anteparo ao poder punitivo estatal e como um símbolo de segurança jurídica em razão de trazer consigo a cognoscibilidade do direito. Pensou-se que, por meio de leis marcadas pela taxatividade sobre o que se estava proibindo e de um Poder Judiciário que as aplicasse de forma mecânica aos casos concretos (silogismo perfeito), evitar-se-ia o arbítrio e os subjetivismos na aplicação do direito.

Como já apontado, esse objetivo mostrou-se absolutamente inalcançável e a interpretação do direito, na realidade, nunca deixou de ser uma etapa relevante de sua concretização. Ao lado disso, o Poder Legislativo nem sempre consegue elaborar leis que expressem de forma clara e inequívoca o que se quer proibir/sancionar, fazendo uso de conceitos jurídicos abertos, inclusive no direito penal.

Tendo presente essa realidade, o objetivo do trabalho é demonstrar que a utilização de um sistema de precedentes vinculantes no âmbito penal traz um incremento em termos de segurança jurídica e de proteção de direitos, potencializando os limites do direito de punir. Para tanto, dividiu-se o texto em duas grandes partes: uma primeira parte destinada a demonstrar as razões pelas quais se deve adotar um sistema de precedentes na seara criminal e uma segunda, mais prática, em que se busca demonstrar como trabalhar com precedentes vinculantes.

Especificamente, a primeira parte é dividida em dois capítulos, sendo que o de abertura trata do surgimento, da concepção majoritária atual e dos limites do princípio da legalidade penal tal como pensado no Iluminismo, bem como traz um panorama sobre os dois principais sistemas jurídicos da atualidade (*common law* e *civil law*). O segundo capítulo versa sobre a necessidade de adoção de um sistema de precedentes vinculantes no âmbito penal, buscando demonstrar as razões para tanto.

Já a segunda parte da pesquisa trata da operação/operacionalização prática com o sistema de precedentes criminais, sendo, da mesma forma, dividida em dois capítulos. O primeiro deles visa a aclarar alguns conceitos básicos sem os quais o sistema não consegue funcionar com qualidade. Também responde algumas críticas dirigidas à utilização de

precedentes vinculantes. Já o segundo capítulo tem como objetivo delimitar como deve funcionar, no cotidiano forense, o sistema de precedentes no Brasil.

Por fim, é preciso mencionar que o objetivo da pesquisa é estipular as linhas gerais de uma teoria dos precedentes vinculantes válida para o processo penal, basicamente explicando como os precedentes são elaborados, o que significam e como devem ser utilizados e revogados<sup>17</sup>. Para tanto, é indispensável, como fundamentação de base, demonstrarmos o motivo pelo qual os precedentes devem ser incorporados à prática jurídico-penal.

---

<sup>17</sup> Sobre os elementos de uma teoria do precedente: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

## **PARTE I 6 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS FUNDAMENTAIS: BASES PARA UMA RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES**

A aposta na lei como (único) fator de limitação (“domesticação”) do poder punitivo é uma das causas que levaram o direito penal e o direito processual penal a um verdadeiro estado de crise<sup>18</sup>. Portanto, o que se pretende nessa primeira parte da pesquisa é demonstrar o traçado histórico, a insuficiência desse modelo com os avanços do estudo acerca do que significa interpretar o direito e frente à utilização da técnica aberta de redação dos tipos penais, para, após, propor a inserção de um instrumento de auxílio para superação da crise (precedentes vinculantes).

### **A. A PROMESSA NÃO CUMPRIDA: LIMITES DE ALCANCE DA LEGALIDADE PENAL**

#### **1. A Construção Teórica Iluminista Clássica: de Montesquieu a Beccaria**

De início, é importante conhecer o percurso do princípio da legalidade a partir da sua formação na modernidade, a fim de verificar quais foram os problemas que se buscaram resolver com tal formulação. Com isso, será possível avançar para analisar se esse princípio (ainda) cumpre realmente o que se pretendeu com sua criação e como resolver a questão.

O princípio da legalidade tal como conhecido nos dias atuais, consubstanciado na fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, em que pese longínquos antecedentes históricos, tem seu substrato cultural forjado no seio do Iluminismo<sup>19</sup>. Isso se deu em razão da segunda metade do século XVIII ter sido palco de intensos debates em matéria de direito penal e, nesse período, ter se discutido e questionado com veemência o poder de punir, a sua legitimidade e estrutura, o que foi possível porque somente nessa passagem histórica que se tiveram as bases culturais e o consequente ferramental crítico necessário para tanto<sup>20</sup>.

Até o movimento Iluminista havia uma pluralidade de fontes jurídicas (costumes locais,

---

<sup>18</sup> Crise consubstanciada no esgotamento de um paradigma ou na perda do referencial regulativo até então em vigor. Ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1- 44, 1998. p. 2-3.

<sup>19</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 307-308.

<sup>20</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 383-384.

direito feudal, direito romano, direito estatutário e direito canônico). E, especificamente, no tocante à punição, reinava a arbitrariedade judicial quanto à condenação e aplicação das penas, tendo como característica central o subjetivismo (levavam-se em conta aspectos marcadamente subjetivos, tais como: idade, sexo, status social...) <sup>21</sup>.

Nesse sentido, Hungria chegou a afirmar que a Idade Média foi “a idade de ouro das penas arbitrárias” <sup>22</sup>. Em *Vigiar e Punir*, Foucault narra os suplícios a que eram submetidos os condenados naquele período escuro da história da humanidade, com torturas e atrocidades das mais diversas, tudo em conformidade com a decisão judicial e mediante o olhar do público <sup>23</sup>.

De outro lado, sob o ponto de vista da ideologia penal que dominou o século XVIII, tem-se o predomínio de uma visão utilitarista de que somente algumas condutas necessárias deveriam ser punidas, de acordo com a sua utilidade para assegurar a paz social e prosperidade financeira do erário. Além disso, houve o desenvolvimento de uma ideia de retribuição proporcional da punição, ou seja, a pena deveria ser medida de acordo com a ofensa <sup>24</sup>.

A base do pensamento ilustrado era a concepção de um homem autônomo na sua individualidade, dotado de liberdade e racionalidade (emancipação humana pela razão). Isso tudo convergindo em termos de pretensões políticas liberais e democráticas, que foram racionalizadas nas modalidades de individualismo racionalista (expresso nas doutrinas de Locke e Montesquieu, dentre outros autores) <sup>25</sup>.

Nesse ponto, é interessante notar que Locke desenvolveu uma concepção de limites ao poder estatal em face da liberdade do indivíduo, tendo como pressuposto teórico a noção de estado de natureza, no qual os indivíduos gozariam de total liberdade (com limitação apenas pela lei da natureza: a razão) e absoluta igualdade. Outrossim, todos teriam o poder de executar a lei da natureza sobre as pessoas que a descumprissem <sup>26</sup>.

Ocorre que isso, inexoravelmente, gera conflitos, pois a absoluta liberdade e a execução da lei racional levam a desavenças. Assim, na busca de uma solução desse inconveniente, e para haver a harmonização entre os seres humanos, surge a figura do governo e da sociedade civil,

<sup>21</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5-6.

<sup>22</sup> HUNGRIA, Nélon [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 29.

<sup>23</sup> FOUCAULT, Michel [1926-1984]. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010 [1975]. p. 9-11.

<sup>24</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 387-388.

<sup>25</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 362.

<sup>26</sup> LOCKE, John [1632-1704]. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1681]. p. 15-20.

criados por concessões e baseados na vontade individual, sendo que a vontade da maioria representaria a vontade de todos<sup>27</sup>.

Já Montesquieu, em seu clássico “O Espírito das Leis”, busca relacionar as formas de Estado com a legalidade e com a tarefa judicial. Aponta que, num Estado despótico, a regra é feita pelo juiz, já que não existe lei; nos Estados monárquicos, os magistrados seguem a lei e, se esta não for precisa, devem buscar o seu espírito; por fim, em Estados republicanos, os juízes devem seguir a literalidade da lei<sup>28</sup>.

Assim, apresentou uma concepção de direito pautada no racionalismo, apostando na lei como expressão da razão humana e defendendo a justa proporção entre o crime e a pena, bem como, a sua moderação. Além disso, defendeu que o exercício da liberdade é a possibilidade de os cidadãos fazerem tudo que as leis permitem, ou seja, a liberdade seria pautada pela legalidade.<sup>29</sup>

Essa concepção do individualismo racionalista encontrou eco no âmbito do direito penal no pensamento reformador de Beccaria, Bentham e Feuerbach. Houve, nesse período, um rompimento com o fundamento absoluto ético religioso ou metafísico relativo aos crimes, sendo que a pena e o delito passaram a ter uma justificativa baseada na funcionalidade ou utilidade sociais, visando à preservação de pessoas e bens (limitados a essa necessidade)<sup>30</sup>.

O que se passou foi que a base de consenso sobre o sistema de repressão penal, que era fundamentalmente assentada em regras religiosas, acabou por entrar em colapso no século XVIII. O início das hostilidades ao sistema punitivo deu-se com a resistência às punições em razão de contestações sobre o financiamento do sistema político monárquico, bem como em virtude de perseguições religiosas, que principiaram uma teorização sobre os limites que o soberano teria para legislar em matéria criminal.<sup>31</sup>

A tarefa da Igreja passou a ser lidar com os pecados, sendo que a lei penal perdeu seu conteúdo sacro, negando-se qualquer concepção religiosa do ilícito e afastando a pena da expiação. Buscava-se criar uma sociedade baseada na razão e na calculabilidade, e as condutas humanas passaram a ser medidas pelo seu grau de utilidade ou inutilidade, devendo os juízes

<sup>27</sup> LOCKE, John [1632-1704]. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1681]. p. 20 e 68-69.

<sup>28</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 87.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 16, 100-101 e 166-167.

<sup>30</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 363.

<sup>31</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 384-385.

se limitarem a recompor a harmonia social perdida<sup>32</sup>.

Desde então, a pena e o crime passaram a ser decididos por meio de opções de política social (a partir de escolhas) e não mais deduzidos metafisicamente. Portanto, o desvio punível deixa de ser considerado como tal a partir de características intrínsecas ou essenciais, como a moral ou a anormalidade social, perdendo sua conotação sacra ou espiritual.<sup>33</sup>

O que ocorre é uma mudança em que a lei passa a definir formalmente o conteúdo punitivo. Desse modo, a estipulação do que era considerado crime passou a ser uma decisão marcadamente política de poder, gozando de legitimidade igualmente política, sendo o Legislativo quem recebeu tal incumbência decisória.<sup>34</sup>

Na sua fase inicial, a legalidade legislativa correspondeu ao processo de concentração das fontes jurídicas no âmbito do poder central do Estado. Nesse desenho institucional radicalmente novo, o poder político não se limitou a reconhecer o direito comum preexistente e a integrá-lo às normas processuais, mas passa a ser o soberano.<sup>35</sup>

A atribuição de criação do direito penal foi entregue ao Poder Legislativo, havendo razões para que isso tenha ocorrido. Em primeiro lugar, a estruturação do poder buscou distribuí-lo a fim de que se preservassem os indivíduos contra o despotismo, assim, as Assembleias Legislativas passaram, em razão de terem uma índole democrática e representativa, a legislar em matéria criminal.<sup>36</sup>

A forma de representação política, por meio do Legislativo, na qual os indivíduos livres e iguais pudessem de maneira contratualística legislar de forma indireta (legisladores de si mesmos) e formar uma vontade geral foi como as sociedades democráticas modernas passaram a definir o conteúdo do direito penal (princípio democrático). A expressão desse poder criativo em matéria penal se perfectibilizou por meio da legislação, que garantiria os valores da liberdade, igualdade e segurança (condição para a própria liberdade).<sup>37</sup>

Destarte, a desconfiança sobre a atuação dos juízes na Idade Média (arbitrária e

<sup>32</sup> VENTURI, Franco. **Utopía y reforma em la Ilustración**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 168-169.

<sup>33</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 [1989]. p. 37-40.

<sup>34</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 364-365.

<sup>35</sup> CARUSO, Giovanni; RONCO, Mauro. Il principio di legalità. In: AMBROSETTI, Enrico M.; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. **La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone**. 3ª ed. Bologna: Zanicheli Editore, p. 1-158, 2016. p. 10.

<sup>36</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 365.

<sup>37</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 3665-3666.

subserviente aos interesses de castas privilegiadas) e a adoração da lei fomentada pelo racionalismo imperante no século XVIII fizeram com que a estrita vinculação à lei se tornasse um postulado central. O objetivismo do direito (pela lei) e de sua aplicação (lógica subsuntiva) passam a ser uma marca<sup>38</sup>.

Em segundo lugar, a construção teórico-iluminista buscava construir um modelo de justiça e de organização política pautado na racionalidade estrita e, portanto, não vinculado (legitimado) a Deus, na história ou na tradição. O Estado e o direito (expresso pelas leis) passaram a ser concebidos como produtos de seres racionais que atuavam guiados por interesses próprios<sup>39</sup>.

A lei passou a ser concebida não mais como a vontade arbitrária do monarca que não era dotado de responsabilidade, mas, sim, como expressão da vontade do povo, declarada por meio de seus representantes no Parlamento. Ela se tornou a vontade geral e nada que estivesse fora da legislação poderia se constituir em direito. Portanto, era difícil rivalizar com a legislação<sup>40</sup>.

Essa compreensão da lei como manifestação de uma vontade geral, que se expressa por meio de uma regra geral e abstrata é tributária das ideias de base da Revolução Francesa e do surgimento do próprio Estado (legislativo) de Direito. O ideal legalista que entronizou a lei como essencialmente justa, sem necessidade de controle, vem ligado e justificado pela noção de vontade geral.<sup>41</sup>

É importante mencionar que Zaffaroni e Pierangeli ressaltam em conotação crítica que a ideologia do contrato social surgiu como solução para os capitalistas emergentes justificarem a nova engenharia social, que tinha em suas bases uma sociedade de pessoas iguais e que deveriam obediência ao contrato. Ao Estado foi dada a tarefa de garantia da segurança de todos, mas para que fosse evitada a arbitrariedade deste, necessitava-se definir exatamente o conteúdo do que era proibido (“*nullum crimen sine lege*”).<sup>42</sup>

A lei que tinha como características a generalidade e abstração, sendo criada com

---

<sup>38</sup> ENGLISH, Karl [1899-1990]. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 [1956]. p. 206.

<sup>39</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima-Bogotá: Palestra Editores, 2007. p. 10-16.

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes: Recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

<sup>41</sup> SARRABAYROUSE, Eugenio C.. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: Una propuesta de integración. In: **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Juan Pablo Montiel (ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 37-39, 2012. p. 32-33.

<sup>42</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 227-228.

autonomia e anterioridade à sua aplicação, garantiria a liberdade. Dessa forma, o Estado de Direito constituir-se-ia num estado de liberdade em que o direito garantiria pela lei a mais ampla liberdade e segurança do homem, estando permitido o que não fosse proibido legislativamente.<sup>43</sup>

Especificamente no âmbito penal, buscou-se por meio da legislação conter o arbítrio punitivo com a descrição precisa e simples das figuras típicas para que se garantisse a exigência de cognoscibilidade por parte dos destinatários. Para isso, a legislação penal deve(ria) ser redigida de maneira clara, a fim de satisfazer a necessidade de conhecimento do que é(era) penalmente proibido.<sup>44</sup>

O escopo desse desenho institucional era dúplice: garantia da certeza do direito e da limitação do arbítrio judicial. A redação precisa dos dispositivos não daria chance para que a magistratura pudesse oscilar o seu entendimento quando fosse interpretar e aplicar a legislação.<sup>45</sup>

Inserido nesse ambiente cultural, Beccaria publica em 1764 o revolucionário livro *Dei Delitti e delle pene*, um verdadeiro clássico do Direito Penal (e de política criminal). Nesse opúsculo, traduzindo as ideias iluministas para o direito penal, ele defende, como pressuposto, que somente as leis poderiam cominar penas correspondentes aos delitos, buscando delimitar o *jus puniendi* e, para tanto, apostou na sua clareza e taxatividade como uma condição básica para a liberdade (puramente legalista)<sup>46</sup>.

Ademais, Beccaria não admitia sequer a possibilidade de o juiz interpretar a lei, referindo literalmente: “Nem mesmo os juízes criminais têm a autoridade de interpretar as leis penais, pela simples razão de não serem legisladores”<sup>47</sup> (Tradução livre). A base dessa compreensão era justamente uma repulsa muito forte aos abusos e arbitrariedades cometidos pelos juízes no período da inquisição.

Ainda, percebe-se claramente, a preocupação de Beccaria com o subjetivismo judicial e com a insegurança jurídica que adviria de julgamentos distintos para questões similares:

---

<sup>43</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 07.

<sup>44</sup> MOCCIA, Sérgio. **La promessa non mantenuta**: Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p. 12-13.

<sup>45</sup> MOCCIA, Sérgio. **La promessa non mantenuta**: Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001. p. 17.

<sup>46</sup> Prefácio escrito por Piero Calamandrei, *in*: BECCARIA, Cesare [1738-1794]. **De los delitos y de das penas**. Edición bilingüe. Madrid: Editorial Trotta, 2011[1764]. p. 62.

<sup>47</sup> BECCARIA, Cesare [1738-1794]. **De los delitos y de das penas**. Edición bilingüe. Madrid: Editorial Trotta, 2011[1764]. p. 120. No original: “Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragioni che non sono legislatori”.

O espírito da lei seria, então, o resultado de uma boa ou má lógica do julgador, de uma fácil ou dificultosa digestão; da violência das paixões do magistrado, da fragilidade do acusado, de suas relações com o ofendido e de todas as pequenas causas que modificam as aparências e alteram a natureza dos objetos na mente mutável do homem. Veríamos, desse modo, a sorte de um cidadão alterar-se ao ser transferido para outro tribunal, e a vida dos desgraçados estaria à mercê de um errôneo raciocínio ou da bile de um juiz. Constaríamos que o juiz interpreta apressadamente as leis, segundo as ideias vagas e obscuras que estivessem, no momento, em sua mente. Veríamos que os mesmos delitos punidos diferentemente em épocas diversas, pelo mesmo tribunal, porque, em vez de ouvir a voz constante e invariável das leis ele se entregaria à instabilidade errante das interpretações. (Tradução livre)<sup>48</sup>

Portanto, vê-se que a resposta de Beccaria para resolver o problema da indeterminação e da cognoscibilidade do direito foi o respeito à legalidade estrita e a proibição de interpretação (ou interpretação literal) das leis pelos juízes. A tarefa judicial seria de examinar os fatos, o que pressupunha uma cisão radical entre a questão de fato e a questão de direito.

A ideia de vedar a interpretação por parte dos juízes tinha como pressuposto que não se poderia permitir qualquer interferência sobre a vontade geral, que era expressa na lei. E mais, não havia um sentimento de confiança na magistratura, porque os juízes mantinham laços espúrios com as classes privilegiadas, em especial, com os senhores feudais<sup>49</sup>.

Também se pode referir que, sob o aspecto político, o princípio da legalidade é produto do espírito moderno que fez nascer o Estado Liberal de Direito. Essa forma de Estado tem como características básicas o império da lei formal (criada pelo órgão de representação popular), a divisão de poderes, a legalidade como marca da atuação administrativa e a garantia de direitos e liberdades fundamentais individuais<sup>50</sup>.

As bases do direito penal liberal fundam-se no pacto social, sendo que, a partir de um ato livre e voluntário, os cidadãos decidem criar instituições e entregar o monopólio da força (consubstanciado no direito de punir) para o estado a fim de garantir a segurança de todos. O

---

<sup>48</sup> BECCARIA, Cesare [1738-1794]. **De los delitos y de das penas**. Edición bilingüe. Madrid: Editorial Trotta, 2011[1764]. p. 120-122. No original: “Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni.”

<sup>49</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 27.

<sup>50</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001. p. 140-141.

Legislativo é o depositário desse direito punitivo e vai exercê-lo com a criação de leis penais, limitando tanto o Poder Judiciário quanto o soberano<sup>51</sup>.

O princípio da Legalidade formal encontra-se presente em praticamente todas as legislações de países de *civil law* (certo que com alcance diverso), sendo uma das expressões mais fortes do Estado de Direito. Os institutos do crime, da pena e da medida de segurança somente podem ser criados por uma lei, já que o princípio da legalidade funciona como uma condicionante para que se constitua o direito penal<sup>52</sup>.

Logo, com base no princípio da legalidade forjado no Iluminismo, buscou-se a tranquilidade de que seria possível atingir uma clareza e segurança jurídica absolutas, por meio de normas elaboradas de forma rigorosa. Com isso, supostamente, garantir-se-ia que todas as decisões judiciais e os atos administrativos seriam elaborados e declarados de forma unívoca e, também, representariam a garantia de igualdade entre os cidadãos, pois a lei como expressão de uma vontade geral deve ser a mesma para todos (geral e abstrata), tanto para proteger como para castigar.<sup>53</sup>

## **2. O Direito Penal Moderno e a contenção do Poder Punitivo por meio da Lei (ñobre sonhö<sup>54</sup>)**

Depois desse brevíssimo escorço sobre o surgimento do princípio da legalidade na modernidade, é necessário tecer algumas considerações sobre a possibilidade de vinculação ao direito (contenção do poder), unicamente, por meio da lei penal. Para isso, será preciso que se analise como se desenvolveu teoricamente o princípio da legalidade do Iluminismo até a atualidade e qual é o seu conteúdo de maneira mais especificada.

A vinculação ao Direito é uma questão fundamental em qualquer sociedade que preze pelo respeito à liberdade e à igualdade. A racionalização do exercício do poder pressupõe que o direito se contraponha à arbitrariedade, sendo seguro e, assim, consistindo em um meio que

<sup>51</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima-Bogotá: Palestra Editores, 2007. p. 106-107.

<sup>52</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 05.

<sup>53</sup> ENGLISH, Karl [1899-1990]. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 [1956]. p. 206.

<sup>54</sup> A expressão é de Hart, que, poderíamos dizer de forma simplificada, a utiliza para caracterizar duas visões diferentes sobre o fenômeno jurídico: a absoluta indeterminação do direito de um lado – realismo extremado (“pesadelo”) e a absoluta determinação em outro – cognitivismo extremado (“nobre sonho”). In: HART, Hebert. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. **Georgia Law Review**, vol. 11, n. 5, september, 1977. p. 969-989.

possibilite que as pessoas possam se autodeterminar (liberdade) e, da mesma forma, serem tratadas igualmente.<sup>55</sup>

A partir dessa constatação, uma primeira pergunta deve ser formulada: de que forma se dá a efetiva vinculação à ordem jurídica? Isso em razão de que, para se garantir a liberdade de ação das pessoas, deve-se saber como é exercido o poder racionalizado pelo discurso jurídico<sup>56</sup>, o que tem um apelo ainda mais significativo no âmbito penal.

Além disso, sendo mais específico, é preciso questionar: como as decisões de juízes e tribunais são proferidas e qual o seu conteúdo? Aqui, como refere Mitidiero, busca-se saber “como é o raciocínio jurídico, como é possível prever o conteúdo das decisões estatais nos processos judiciais e como é possível promover uma permanente vinculação ao direito”<sup>57</sup>.

No direito penal, como visto, o princípio da legalidade floresceu num movimento de limitação do poder estatal, encerrando-se, tradicionalmente, com a fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, tal qual pensada por Feuerbach em 1801. Nessa concepção, de base iluminista, a definição do princípio da legalidade era que “a única fonte do direito é a lei e o direito com ela se identifica, a lei oferece em si uma formal e absoluta predeterminação do jurídico, a realização da lei se reduz à aplicação da lei (aplicação lógico-subsuntiva ou dedutivamente necessária)”<sup>58</sup>.

O raciocínio penal desenvolveu-se por meio de tipos penais criados por lei, pois, para que uma conduta ganhasse relevância em termos criminais, era necessário que houvesse subsunção a um tipo. Buscava-se, pela definição abstrata do tipo penal (modelo de comportamento), definir as ações puníveis e o *quantum* de pena que poderia ser aplicado àquela espécie delitiva<sup>59</sup>.

O tipo penal pode ser definido como o conjunto de elementos linguísticos que descrevem um determinado crime, ou seja, é uma descrição, uma imagem conceitual ou um modelo de comportamento delitivo incriminado pelo direito. Já a tipicidade é a relação da conduta humana que ocorreu na realidade fenomênica e o tipo penal abstrato, o que demonstra,

<sup>55</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 21-22.

<sup>56</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22-23.

<sup>57</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 22.

<sup>58</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 308.

<sup>59</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. p. 19-20.

nitidamente, sua afinidade com o princípio da legalidade (função de garantia, pois determina o âmbito de liberdade da ação não proibida)<sup>60</sup>.

Assim, a lei penal consubstanciaria uma garantia para os que delinquem e também dela que adviria a pretensão punitiva do Estado, que somente pode reprimir uma conduta que está prevista no texto legal como crime, e nos parâmetros por ele estabelecidos. Como consequência, o Estado não pode punir uma conduta que não esteja tipificada na legislação penal nem impor uma pena não prevista expressamente.

Ainda, é preciso repisar que o princípio da legalidade tal qual delineado no Iluminismo foi a expressão da superação das práticas arbitrárias em matéria criminal que eram dominantes no período medieval. O anseio por racionalidade em termos punitivos foi uma tônica no século XVIII, mormente com o reconhecimento da liberdade como valor social relevante e do enaltecimento do indivíduo(al)<sup>61</sup>.

Nesse ponto, é clássica a citação da frase de Von Liszt de que o “Código Penal é a Magna Carta do delinquente”<sup>62</sup>. Consequentemente, a legalidade serviria como garantia de punição nos estritos termos da lei, com pressupostos e limites nitidamente determinados pelo texto legislado (dispositivo).

Logo, esse princípio tinha (e ainda tem) um sentido funcional de garantia jurídica, pois define(ia) *a priori* o conteúdo do direito criminal *in malam partem* (incriminação e punição). Essa ideia advém da própria concepção de Estado de Direito, que impõe uma regra limitativa de competência (limites normativos) que defina as condições formais para o exercício do *ius puniendi* estatal<sup>63</sup>.

O Estado de direito tem a missão de proteger o indivíduo do direito penal (limitação do poder punitivo estatal) e pelo direito penal (garantia da paz social). Ao lado de princípios como o da culpabilidade e proporcionalidade, que limitam a atuação estatal no âmbito criminal, a necessidade de respeito à legalidade serve para evitar punições arbitrárias e para que se possa calcular e conhecer o *quantum* de punibilidade outorgado para cada conduta.<sup>64</sup>

Portanto, somente as definições de incriminações e punições que atendam às exigências do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege* afirmar-se-ão como legítimas, em

---

<sup>60</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. p. 159-165.

<sup>61</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 05.

<sup>62</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. La Herencia de Franz Von Liszt. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 23-52, jul./dez. 2009. p. 24.

<sup>63</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 311-312.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 137.

consonância com o princípio democrático (definição dos pressupostos da incriminação) e com a separação de poderes (determinação normativa desses pressupostos). Ademais, preservar-se-ia a segurança jurídica (previsibilidade e confiança legítima) e a liberdade dos cidadãos (excluindo-se o arbítrio).<sup>65</sup>

Então, mesmo que uma conduta seja altamente nociva socialmente e reconheça-se a necessidade de sancionamento, o Estado somente pode impor uma pena caso tenha plasmado a conduta como proibida num tipo penal. E, mesmo que o Estado crie o crime por meio da norma, esta somente terá validade e alcançará fatos futuros, não retroagindo para prejudicar quem o praticou anteriormente.<sup>66</sup>

Em relação ao conteúdo, há, no mínimo, quatro desdobramentos do princípio da legalidade penal, que são consequências da sua fórmula básica. O primeiro deles é a exigência de exclusividade da lei escrita (formal) para a estipulação da incriminação e da punição em matéria penal. Este axioma advém de uma ideia formalista forjada no Iluminismo, que se manteve ao longo do tempo, sendo no direito penal um dogma radical.<sup>67</sup>

Nesse ponto, partindo dessa concepção exegética, a lei escrita deveria trazer toda a normatividade jurídica da incriminação e da punição penais, sendo que tal normatividade teria fim no significado textual da lei (metodologia do deducionismo legalista). Assim, conforme Castanheira Neves, “o direito era a lei e o normativo jurídico identificava-se com o exegético conteúdo da lei”<sup>68</sup>.

O segundo desdobramento do princípio da legalidade é a exigência de lei prévia ao fato definido como típico (vedação ao arbítrio *ex post*).<sup>69</sup> Em outros termos, aqui, tem-se presente a proibição de retroatividade da legislação penal *in malam partem*, o que representa, sem dúvida, algum acréscimo em termos de segurança jurídica (cognoscibilidade mínima do proibido e proteção da confiança).

Portanto, o princípio da anterioridade ou da irretroatividade da norma penal incriminadora exige que a repressão somente seja operada frente àquele que, mesmo tomando

---

<sup>65</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2ª ed. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p.179-180.

<sup>66</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 137.

<sup>67</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 314-315.

<sup>68</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 317.

<sup>69</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 322.

conhecimento da lei proibitiva, opta pela prática do delito. O pressuposto é que o indivíduo desobedeça de forma consciente a regra de conduta, fazendo, com isso, incidir a sanção penal.<sup>70</sup>

O terceiro corolário é a determinação de que a lei penal deve ser certa, ou seja, determinada em sua formulação prescritiva, bem como quanto ao seu conteúdo normativo, podendo impor-se como base independente e suficiente da incriminação punitiva (utilização da técnica legislativa fechada ou casuística)<sup>71</sup>. Essa exigência impõe que a legislação sirva como fundamento vinculante do julgamento criminal, o que garantiria a igualdade e permitiria um controle mais objetivo das decisões.<sup>72</sup>

Argumenta-se que, com isso, seriam garantidas a segurança e a confiança jurídico-criminais, expressas na autonomia e suficiência normativa da legislação. Além disso, garantir-se-ia a separação de poderes (rígida), que tem como pressuposto uma atuação do Poder Judiciário de forma objetiva, com vinculação estrita da decisão judicial à lei.

Obviamente, no sentido originário iluminista em que estas ideias foram gestadas, exigia-se da lei uma predeterminação normativa extremamente precisa, que possibilitasse seu conhecimento de forma inequívoca e que sua aplicação se desse de forma lógico-necessária.

O raciocínio lógico-subsuntivo como esquema único de aplicação do direito tinha como pressuposto que a criação jurídica se encerrava na produção estatal, mais precisamente, pelo Poder Legislativo. Sendo que o afastamento do poder de criação do direito pelos Tribunais era visto como uma garantia contra o arbítrio do juiz, pois evitava-se o subjetivismo.<sup>73</sup>

O quarto e último corolário diz respeito à exigência de lei estrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*), que impede a determinação, a incriminação e o agravamento da pena por meio do recurso à analogia. O raciocínio indica que somente a lei poderia e teria legitimidade para definir os termos da punição, sendo que ao Poder Judiciário caberia somente a aplicação estrita da regra penal.<sup>74</sup>

Há uma limitação formal de que a criação do crime somente pode ser levada a cabo por uma lei e, os juízes quando da sua aplicação, somente poderiam fazê-lo mediante uma interpretação restritiva. Assim, há uma restrição no que tange à proibição e ao sancionamento

<sup>70</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 206-207.

<sup>71</sup> CARUSO, Giovanni; RONCO, Mauro. Il principio di legalità. In: AMBROSETTI, Enrico M.; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. **La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone**. 3ª ed. Bologna: Zanicheli Editore, p. 1-158, 2016. p. 100-106.

<sup>72</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 334.

<sup>73</sup> KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 27-28.

<sup>74</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 353.

(que devem estar estabelecidos na legislação), bem como, em relação à aplicação judicial (que deve ser restritiva).<sup>75</sup>

Ainda, sob o ponto de vista histórico positivo, o princípio da legalidade pode ser encontrado, pela primeira vez, em 1776, nas Constituições de alguns estados federados americanos (como a Virgínia e Maryland). Mais tarde, passou a constar também no Código Penal austríaco de José II, em 1787, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.<sup>76</sup>

Evidentemente que a limitação ao poder punitivo e a própria construção do princípio da legalidade sofreram marchas e contramarchas. Um exemplo claro foi visto em 1935, quando o legislador nacional-socialista alterou o Código Penal para introduzir a analogia como fonte de criação do direito penal e declarando que era lícito punir “segundo a ideia básica do Direito Penal e o são sentimento do povo alemão”<sup>77</sup>.

As Constituições a partir do século XVIII até hoje vêm consagrando normas no âmbito penal, fixando limites à atuação punitiva de um lado e, de outro, instando a tutela penal a novos bens jurídicos de relevância social (transindividuais, como o meio ambiente<sup>78</sup>, por exemplo). O princípio da legalidade é um exemplo de norma penal que fixa limites à atuação estatal na matéria, fazendo-se presente em diversas legislações pelo mundo como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito<sup>79</sup>.

No Direito brasileiro, esse princípio tem tido guarida constitucional ao longo da nossa história constitucional. Houve previsão expressa na Constituição de 1824<sup>80</sup>, 1891<sup>81</sup>, 1934<sup>82</sup>,

<sup>75</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p. 146-147.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 142.

<sup>77</sup> Para um aprofundamento dessa temática, ver: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

<sup>78</sup> A Constituição Brasileira de 1988 vai nesse sentido, *in verbis*: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

<sup>79</sup> LUISI, Luiz [1927-2005]. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 9-11.

<sup>80</sup> “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.”

<sup>81</sup> “Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 15. Ninguém sera sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na fôrma por ella regulada.”

<sup>82</sup> “Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: 26)

1937<sup>83</sup>, 1946<sup>84</sup>, 1967<sup>85</sup>, Emenda Constitucional n. 1 de 1969<sup>86</sup>, com conteúdo e sentido similares, o que demonstra uma tradição, ao menos sob o ponto de vista formal, de previsão constitucional do princípio da legalidade penal<sup>87</sup>.

Da mesma forma a legislação penal infraconstitucional, por meio dos Códigos Penais brasileiros (1830, 1890 e o atual, de 1940). A Constituição de 1988 seguiu essa tradição ao estabelecer no artigo 5º, inciso XXXIX, que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também vai nesse sentido ao referir que “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável”. Logo, há previsão textual da legalidade penal de modo exaustivo em nosso ordenamento jurídico.

Tal é a importância dada pela doutrina à lei que Hungria referia que “não há distinguir, em matéria penal, entre lei e direito”.<sup>88</sup> Ainda afirmava que a lei, sob o ponto de vista da aplicação do direito, não teria lacunas, pois seria um sistema fechado, não podendo de nenhuma forma ser integrada pelo juiz. Sendo que a discussão sobre as omissões na legislação penal ficaria a cargo da política criminal<sup>89</sup>.

O princípio da legalidade penal é visto como base para que se garanta segurança jurídica (pela lei) e, implicitamente, a liberdade dos cidadãos, uma vez que o que não está proibido está permitido. Nas palavras de Navarrete, a legalidade seria compreendida como “el único principio

---

Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.”

<sup>83</sup>“Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: (...)”

<sup>84</sup>“Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.”

<sup>85</sup>“Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

<sup>86</sup>“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”

<sup>87</sup> LUISI, Luiz [1927-2005]. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 13-14.

<sup>88</sup> HUNGRIA, Néelson [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 11.

<sup>89</sup> HUNGRIA, Néelson [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 11.

que, en nuestra cultura jurídica, puede proporcionar un *fundamento seguro* a la administración de la justicia”<sup>90</sup>.

Não se pretende adentrar nas discussões sobre o conceito de liberdade<sup>91</sup>, mas poder-se-ia dizer que a liberdade em termos jurídicos significa a faculdade de exercitar a sua vontade nos limites do que prevê o direito. Consiste no poder jurídico individual de dispor da sua própria pessoa e se autodeterminar ou agir de acordo com a sua vontade, sem limitações para afirmação da personalidade<sup>92</sup>.

Entretanto, essa feição formal ou negativa da legalidade tende contemporaneamente a ser acrescida de um sentido material e positivo, agregando-se um conteúdo de justiça (Estado de Direito material). Além disso, a própria concepção (ingênua) acerca de uma predeterminação absoluta de sentido aos textos jurídicos foi ultrapassada desde algum tempo, tendo em vista o que se compreende como interpretação do direito atualmente.

E mais, a tipicidade enquanto juízo de correspondência entre a conduta realizada e o modelo de comportamento que a lei penal proíbe representa um importante aspecto da crise que o direito penal passa atualmente. Isso porque o legislador que prevê o tipo abstrato, muitas vezes sequer goza da técnica necessária para a elaboração do texto ou utiliza-se de conceitos abertos<sup>93</sup>. Além disso, pela própria indeterminação natural da linguagem que também está presente de forma inexorável na legislação, tem-se uma plurissignificação de sentidos<sup>94</sup>.

Mesmo assim, para o jurista moderno, o princípio da legalidade ou da intervenção legalizada, desenvolvendo-se como uma conquista irreversível e irrenunciável da modernidade, aparece como a única forma racional de controle do poder punitivo do estado. As suas insuficiências são creditadas à realidade prática e não propriamente a sua formulação teórica<sup>95</sup>.

Dito isso, agora é preciso analisar pormenorizadamente o princípio da taxatividade, já que é um dos principais desdobramentos da legalidade penal. Mormente a partir da sua estreita conexão com o princípio democrático e da sua implicação sobre o desenvolvimento da tarefa judicial, para testar argumentativamente a sua validade funcional e a sua atualidade.

---

<sup>90</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**: Parte general. t. I. Fundamentos científicos del Derecho penal. 6. ed. actualizada, completamente renovada y puesta al día con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS. Barcelona: Editorial Bosch 2008. p. 228.

<sup>91</sup> Para uma abordagem contemporânea e aprofundada da discussão, ver: HONNETH, Axel. **El derecho de la Libertad**: Esbozo de una eticidad democrática. Madrid: Clave Intelectual, 2011.

<sup>92</sup> HUNGRIA, Néelson [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 25.

<sup>93</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012. p. 20-21.

<sup>94</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39.

<sup>95</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**: Parte General. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 97.

### 3. Os Subprincípios da Taxatividade e da Determinação da Lei Penal como corolários da Democracia

Como já apontado de maneira preliminar, uma das consequências do princípio da legalidade penal é a taxatividade ou determinação, que consiste na necessidade da lei descrever os tipos penais da forma mais precisa possível. Nesse ponto, não basta que a legislação preveja o comportamento criminoso e comine a pena respectiva, mas também deve redigir com rigor e precisão os elementos constitutivos do tipo penal.<sup>96</sup>

O seu surgimento se deve, de um lado, ao mito da completude da lei e à confiança no legislador, de outro, à desconfiança no juiz, que era associado à ideia de arbítrio e à aplicação do direito penal de forma abusiva. Em razão desse imaginário, o problema moderno direito penal foi preservar a pureza da lei e evitar a sua contaminação pelo Poder Judiciário.<sup>97</sup>

Tal exigência busca vincular o julgador à lei, sendo uma exigência democrática, visto que quem define o conteúdo do direito punitivo criminal é o Legislativo. Aqui, temos a legitimação democrática da intervenção penal, pois a liberdade dos cidadãos somente pode ser cerceada por meio do direito penal que é criado pelo Poder Legislativo eleito pela sociedade (divisão de poderes).<sup>98</sup>

Nesse ponto, o princípio da legalidade mostra-se como expressão de um poder democrático, sendo a lei uma expressão normativa geral e abstrata proveniente de um órgão representativo da soberania popular (democracia política). Por essa razão, buscaram-se esquemas teóricos que neutralizassem o “desvirtuamento” do texto legislado, sendo a vedação da interpretação legal o principal deles.<sup>99</sup>

Como reflexo do princípio da taxatividade, é proibida a analogia *in malam partem*, uma vez que a segurança jurídica no âmbito penal consiste em negar a possibilidade de criminalização de condutas que não se inscrevam em algum tipo penal. Isso é uma diferença com relação ao direito civil<sup>100</sup>, pois o direito penal deve ser visto como uma estrutura normativa descontínua de ilicitudes.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.79.

<sup>97</sup> VOGLIOTTI, Massimo. **Dove passa il confine?** Sul divieto di analogia nel diritto penale. Torino: Giappichelli, 2011. p. 3-4.

<sup>98</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.79.

<sup>99</sup> PULITANÒ, Domenico. L'interpretazione della legge penale. In: COCCO, Giovanni (Org.). **Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale**. CEDAM: Padova, 2005. p. 27-43. p. 28.

<sup>100</sup> O artigo 4º da lei de introdução às normas do direito brasileiro expressamente admite a utilização da analogia como forma de integração normativa, *in verbis*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

<sup>101</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 208.

A analogia consiste em completar um texto legal, considerando proibido o que ele não proíbe ou permite. A decisão utilizando a analogia baseia-se:

em que tal texto proíbe, não justifica, censura ou pune condutas similares ou de similar gravidade, tal procedimento de interpretação fica absolutamente excluído da elaboração jurídica do direito penal, porque a norma tem um limite linguisticamente insuperável, que é a máxima capacidade da palavra.<sup>102</sup>

Hoje, praticamente no mundo inteiro, é vedada a analogia *in malam partem* no direito penal, inclusive em países filiados à tradição jurídica da *common law*. Mesmo na Inglaterra, os juízes não podem utilizar a analogia contra o réu no âmbito criminal, o que está assentado desde 1972, quando a *House of Lords* decidiu o caso *Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd. v. Director of Public Prosecutions* (1972).<sup>103</sup>

A *House of Lords* definiu que não existe um poder residual dos juízes de criarem crimes e também de utilizarem a analogia para criminalizar condutas. Em 2006, no caso *Jones* (2006), aquele Tribunal assentou que, em face do princípio democrático, caberia ao Parlamento e não ao Executivo ou ao Poder Judiciário a definição de quais condutas deveriam ser incriminadas por meio do direito penal (ou abolidas do direito punitivo).<sup>104</sup>

Entretanto, não é vedado que se clarifiquem e apliquem crimes que já existem, ou seja, a interpretação no âmbito criminal não é proscribida. Inclusive esse foi o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos quando interpretou o artigo 7 (1)<sup>105</sup> da Convenção Europeia de Direitos Humanos (princípio da legalidade).

No ponto, a Corte definiu no caso *Kokkinakis v. Greece* (1993) que:

52. O Tribunal refere que o artigo 7. 1 (artigo 7-1) da Convenção não se limita a proibir a aplicação retroativa do direito penal em detrimento do acusado, consagrando também, de maneira mais geral, o princípio da legalidade dos delitos e das penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), assim como exige que não se aplique extensivamente a lei penal em prejuízo do acusado, especialmente por analogia. Disso deriva que a infração deve encontrar-se claramente definida pela lei. Esta condição é satisfeita quando o indivíduo pode saber do texto e, se necessário, com a ajuda da

<sup>102</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 209.

<sup>103</sup> CARD, Richard; MOLLOY, Jill. **Card, Cross and Jones Criminal Law**. 21. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 15.

<sup>104</sup> CARD, Richard; MOLLOY, Jill. **Card, Cross and Jones Criminal Law**. 21. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 15.

<sup>105</sup> No original: “(1) No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. Tradução livre: “1. Ninguém pode ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração, segundo o direito nacional ou internacional. ”

interpretação dos tribunais, quais os atos e as omissões que o tornarão responsável.  
(Tradução livre)<sup>106</sup>

Sabe-se que o Brasil vive contrastes jurisprudenciais enormes, sejam eles sincrônicos (ao mesmo tempo) sejam eles diacrônicos (ao longo do tempo), com diversos entendimentos opostos sobre temas penais e processuais penais idênticos. Isso demonstra que a taxatividade vista na prática dos tribunais é bastante menos efetiva do que se presume a partir da sua formulação teórica original.

Além disso, há quem aponte que a analogia como forma de pensamento não pode ser excluída da seara penal, sendo que o *argumentum a simili* é perfeitamente aplicável (interpretação analógica). Assim, quando se aplica um princípio a um determinado caso, se não houver uma disposição legal ou uma razão plausível para não o fazer, deve-se aplicá-lo a outro que se encontre em uma relação essencial com aquele.<sup>107</sup>

A doutrina tradicional busca apontar uma diferenciação: a analogia não se confunde com a interpretação extensiva ou com a interpretação analógica. Isso pois a analogia não é uma forma de interpretação, mas, sim, de aplicação da norma, que serviria para integrar a norma jurídica (colmatar uma lacuna).<sup>108</sup>

Na hipótese de utilização da analogia, não há um texto de lei cujo sentido se busca interpretar, o que ocorre, em verdade, é a ausência de legislação para uma dada hipótese fática. A analogia consistiria na extensão de uma norma jurídica de um caso previsto (fato típico) a um caso não previsto com base na semelhança entre eles.<sup>109</sup>

Quando do julgamento do caso da chamada “cola eletrônica”, antes da vigência da Lei 12.550/11, entendeu-se que o fato somente seria típico a partir de um raciocínio que se utilizasse de analogia contra o réu, pois não havia previsão expressa de punição penal. Inclusive foi nesse

---

<sup>106</sup> *Kokkinakis v. Greece*, 25 de maio de 1993, ECHR series A nº 260-A. No original: “52. The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) and the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable.”

<sup>107</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 209.

<sup>108</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 177.

<sup>109</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 177-178.

sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>110</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>111</sup>, que entendiam que, mesmo se tratando de conduta com alta reprovabilidade social, era atípica, porque ausente a previsão legal (lacuna).

Diferentemente da analogia, a interpretação “extensiva” visaria a definir o sentido do texto, ampliando o seu alcance, com especial atenção à sua finalidade (“vontade da lei”). Trata-

---

<sup>110</sup> HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONCURSO PÚBLICO. "COLA ELETRÔNICA". ATIPICIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Embora o Órgão Acusatório descreva o meio fraudulento utilizado pelo paciente para tentar a sua aprovação no certame, a conduta não é apta a causar prejuízo de ordem patrimonial, sendo inviável, inclusive, determinar quem suportaria o suposto revés, circunstâncias que impedem a configuração do delito descrito no art. 171 do Estatuto Repressivo. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do IP n.º 1.145/PB, sufragou entendimento no sentido de que a conduta denominada "cola eletrônica", a despeito de ser reprovável, é atípica. 3. Ordem concedida para, reconhecendo a atipicidade da conduta atribuída ao paciente na denúncia, determinar, com relação a este, o trancamento da Ação Penal n.º 53189-33.2009.8.06.0001/0, em trâmite perante a 16.ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 227.550/CE. Paciente: Airton Castro de Oliveira. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 12 jun. 2012. DJe 20 jun. 2012).

<sup>111</sup> Inquérito. 1. Denúncia originariamente oferecida pela Procuradoria-Regional da República da 5ª Região contra deputado estadual. 2. Remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (STF) em face da eleição do denunciado como deputado federal. 3. Parlamentar denunciado pela suposta prática do crime de estelionato (CP, art. 171, § 3o). Peça acusatória que descreve a suposta conduta de facilitação do uso de "cola eletrônica" em concurso vestibular (utilização de escuta eletrônica pelo qual alguns candidatos - entre outros, a filha do denunciado - teriam recebido as respostas das questões da prova do vestibular de professores contratados para tal fim). 4. O Ministério Público Federal (MPF) manifestou-se pela configuração da conduta delitiva como falsidade ideológica (CP, art. 299) e não mais como estelionato. 5. A tese vencedora, sistematizada no voto do Min. Gilmar Mendes, apresentou os seguintes elementos: i) impossibilidade de enquadramento da conduta do denunciado no delito de falsidade ideológica, mesmo sob a modalidade de "inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante"; ii) embora seja evidente que a declaração fora obtida por meio reprovável, não há como classificar o ato declaratório como falso; iii) o tipo penal constitui importante mecanismo de garantia do acusado. Não é possível abranger como criminosas condutas que não tenham pertinência em relação à conformação estrita do enunciado penal. Não se pode pretender a aplicação da analogia para abarcar hipótese não mencionada no dispositivo legal (analogia in malam partem). Deve-se adotar o fundamento constitucional do princípio da legalidade na esfera penal. Por mais reprovável que seja a lamentável prática da "cola eletrônica", a persecução penal não pode ser legitimamente instaurada sem o atendimento mínimo dos direitos e garantias constitucionais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. 6. A tese vencida, iniciada pelo Min. Carlos Britto, e acompanhada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, baseou-se nos seguintes argumentos: i) o acusado se defende de fatos, e não da respectiva capitulação jurídica. É indiferente à defesa do acusado a circunstância de a denúncia haver inicialmente falado de estelionato, enquanto sua ratificação, pelo Procurador-Geral da República, redefiniu a questão para focá-la na perspectiva da falsidade ideológica. Para a tese vencida, os fatos narrados não passaram por nenhuma outra versão, permitindo, assim, o desembaraçado manejo das garantias do contraditório e da ampla defesa; ii) o caso tem potencialidade de acarretar prejuízo patrimonial de dupla face: à Universidade Federal da Paraíba, relativamente ao custeio dos estudos de alunos despreparados para o curso a que se habilitariam por modo desonesto, de parelha com o eventual dever de anular provas já realizadas, e, assim instaurar novo certame público; e àqueles alunos que, no número exato dos "fraudadores", deixariam de ser aprovados no vestibular; iii) incidência de todos os elementos conceituais do crime de estelionato: obtenção de vantagem ilícita, que, diante do silêncio da legislação penal, pode ser de natureza patrimonial, ou pessoal; infligência de prejuízo alheio, que há de ser de índole patrimonial ou por qualquer forma redutível a pecúnia, pois o crime de estelionato insere-se no Título do Código Penal destinado à proteção do patrimônio; utilização de meio fraudulento; e induzimento ou manutenção de alguém em erro; iv) seja no delito de estelionato, ou no de falso, a denúncia parece robusta o suficiente para instaurar a ação penal; e, por fim, v) a tramitação de projeto de lei no Congresso Nacional para instituir um tipo criminal específico para a cola eletrônica não se traduz no reconhecimento da atipicidade da conduta do acusado. 7. Denúncia rejeitada, por maioria, por reconhecimento da atipicidade da conduta descrita nos autos como "cola eletrônica". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 1.145/PB. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Armando Abilio Vieira. Relator: Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 19 dez. 2006. DJe 04 abr. 2008).

se de interpretação jurídica (permitida) e não de criação, pois aqui há um texto obscuro ou incerto cujo sentido “exato” procura-se esclarecer.<sup>112</sup>

Nessa visão, um exemplo de interpretação “extensiva” poderia ser extraído do artigo 157, § 2º, I do CP, que trata do aumento de pena no crime roubo em razão do emprego de arma. O enquadramento de uma faca “peixeira” como arma seria uma hipótese de interpretação extensiva no direito penal<sup>113</sup>.

Ademais, aponta-se que a analogia favorável ao réu (*in bonam partem*) é permitida pelo direito penal. Porém, ainda se entende que é preciso diferenciar a analogia da interpretação analógica, que nada mais é que uma espécie de interpretação extensiva decorrente da própria determinação legal, servindo como um meio interpretativo de integrar o preceito normativo dentro da própria norma, ampliando-o para abarcar situações análogas (seria uma espécie de interpretação extensiva determinada por lei).<sup>114</sup>

Ocorre que, na verdade, o que existe é simplesmente interpretação, que adscrive (constitui) sentido ao texto legal. A um, porque o texto não tem o seu significado incorporado às suas palavras de antemão, dependendo de seu uso e da interpretação e, a dois, em razão da complexidade do processo legislativo, é impossível referir que há uma vontade unívoca do legislador que seja possível de ser “descoberta”.<sup>115</sup>

E ainda, em uma visão mais crítica, é possível perceber que esta distinção entre analogia e interpretação analógica é ilusória, pois, nos dois casos, há um juízo analógico, sendo que a diferença está apenas na expressa autorização legal. Assim, haveria analogia expressa (quando não for autorizada pela legislação) e tácita (quando autorizada pela legislação).<sup>116</sup>

No processo aplicativo da norma ao fato, o juiz também se utiliza de um raciocínio da espécie analógico, uma vez que, entre as previsões legais e os fatos, há uma relação de

---

<sup>112</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176-178.

<sup>113</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Habeas Corpus n. 56.090/BA. Recorrente: Bruno Batista dos Santos. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 16 jun. 2015. DJe 22 jun. 2015.

<sup>114</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 177-179. Exemplo de norma que exige interpretação analógica seria o art. 71 do Código Penal “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.” (Grifo nosso)

<sup>115</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 51-51.

<sup>116</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 122.

semelhança. O ser e o dever ser não se identificam ou se igualam de maneira radical, mas postulam entre si uma relação analógica.<sup>117</sup>

A legislação, a doutrina e os precedentes em comparação com as situações que visam regular nunca são absolutamente idênticos ou desiguais, mas sim mais ou menos analógicos, sendo que, quando as semelhanças prevalecem, dá-se tratamento unitário, caso contrário, busca-se uma solução diversa. Um homicídio nunca será igual ao outro, em razão de múltiplas circunstâncias (de espaço, tempo...), o que torna cada situação única.<sup>118</sup>

Além disso, sendo o direito constituído por linguagem, que tem uma natural equivocidade, há uma pluralidade de significados possíveis a partir dos textos normativos (não há uma correspondência biunívoca entre texto e norma)<sup>119</sup>. E, a partir dessa constatação, percebe-se que interpretar não significa apenas declarar o sentido exato da lei.

A suposta aplicação literal do ordenamento penal apresenta-se como uma ideia fundada no mito da univocidade de sentido do texto, na confusão entre texto e norma e na superada ideia silogista da aplicação jurídica. A analogia está presente no direito penal, pois interpretação e analogia são estruturalmente (ou ontologicamente) idênticas.<sup>120</sup>

Assim, a proibição da analogia seria equivalente à proibição da interpretação, o que, obviamente, é impossível. A analogia pode ser vista como um argumento, que é, usualmente, utilizado no raciocínio jurídico (argumento *a simili*)<sup>121</sup> e a interpretação restritiva pode significar o resultado da interpretação ou uma técnica de interpretação<sup>122</sup>.

O mais relevante, então, não é saber se há analogia ou não, mas sim interpretar e argumentar corretamente num sistema jurídico que é aberto (poroso). Os limites da analogia são os limites que podem ser estabelecidos para a interpretação, mormente por meio dos argumentos utilizados pelo intérprete.<sup>123</sup>

A partir dessa constatação, deve ser exigido do juiz, através da justificação, uma argumentação que sustente a sua decisão e, também, possa ser submetida a controle

<sup>117</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993. p. 270.

<sup>118</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 121.

<sup>119</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-52.

<sup>120</sup> KAUFMANN, Arthur. **Analogia y naturaleza de la cosa**. Hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 38-40; VOGLIOTTI, Massimo. **Dove passa il confine?** Sul divieto di analogia nel diritto penale. Torino: Giappichelli, 2011. p. 137-138.

<sup>121</sup> PERELMAN, Chaïm [1912-1984]. **Lógica Jurídica: Nova retórica**. Trad. Virgínia K. Pupi São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1976]. p. 75-76.

<sup>122</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 92 e 98-100.

<sup>123</sup> Trabalhando nessa perspectiva, com uma visão analítica: ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001.

intersubjetivo (das partes e da própria sociedade)<sup>124</sup>. Com isso, como veremos de forma mais detalhada à frente, a teoria da argumentação jurídica ganha um papel central no direito contemporâneo.

Analisada criticamente a taxatividade penal, é preciso avançarmos no tema da separação de poderes. A concepção “rígida”, com a delimitação da função legislativa e judiciária em marcos de separação estanque, também precisa ser testada sob argumentos mais contemporâneos, mas é preciso antes conhecermos a estruturação da separação de poderes desde a sua formação.

#### 4. A Divisão (rígida) de funções entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário

O princípio da divisão de poderes constitui um dos elementos centrais do constitucionalismo moderno e da ideologia liberal. Entretanto, esse princípio tem sofrido diversas críticas ao longo das últimas décadas, sendo apresentado até mesmo como uma construção teórica datada e ultrapassada<sup>125</sup>, por isso é preciso conhecer minimamente o seu teor para que se possa compreender as críticas lançadas e a sua conexão com o direito penal.

No Brasil, tem-se expresso na Constituição Federal de 1988 o princípio da separação de poderes no artigo 2º que versa que “[s]ão Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. E esta é uma tônica na grande maioria dos países ocidentais, sendo que o mais relevante é saber especificamente qual é o alcance desta disposição constitucional.

A separação de poderes teve como seu o mais conhecido e principal sistematizador Montesquieu, que buscou, ao interpretar a Constituição da Inglaterra, limitar os poderes com a divisão de funções entre eles, a fim de evitar (reduzir) o seu abuso. Fez isso com a separação dos poderes estatais em três poderes distintos: o Legislativo (atribuição de fazer leis), o Executivo (atribuição de executar as resoluções públicas) e o Judiciário (atribuição de julgar os crimes e as querelas entre os particulares).<sup>126</sup>

A construção teórica da separação de poderes preveniu em tom de crítica a possibilidade de se conferir o poder de legislar ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário. De um lado, caso

---

<sup>124</sup> VOGLIOTTI, Massimo. **Dove passa il confine?** Sul divieto di analogia nel diritto penale. Torino: Giappichelli, 2011. p. 139.

<sup>125</sup> DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: Agra, Walber de Moura; Castro, Celso Luiz Braga de; Tavares, André Ramos. **Constitucionalismo: Os desafios no terceiro milênio**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 143-159. p. 143.

<sup>126</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 166-178. Utilizamos a nomenclatura consagrada hoje e não propriamente o que consta na obra originalmente.

fosse outorgado ao executivo a tendência seria o abuso com a finalidade de administrar o ente público e se eximir de obedecer às leis criadas<sup>127</sup>, do outro, se deferido ao Poder Judiciário a propensão ao arbítrio seria muito grande em face da hipertrofia de criar e de aplicar a lei<sup>128</sup>.

A partir dessa concepção rígida da separação de poderes, com a supremacia da lei e papel coadjuvante do Judiciário, objetivava-se a superação do particularismo jurídico, que pode ser entendido como a falta de unidade e coerência no sistema legal em um dado período de tempo. No direito penal, o particularismo era sinônimo de arbítrio e fragmentação, pois não havia uma delimitação nítida do que era punível nem qual seria a respectiva pena.<sup>129</sup>

Isso gerou uma era de codificações (e o fetichismo da lei), formando monossistemas jurídicos, que buscavam exaurir a regulação social (mito da completude) e, portanto, evitar a interpretação do juiz. A legislação forneceria as respostas a todos os problemas, devendo o intérprete limitar-se a encontrá-las<sup>130</sup>.

A aposta era que o estado que seguisse uma doutrina de separação de poderes evitaria o despotismo e reduziria os riscos de abuso de poder, trazendo, com isso, uma feição liberal. Na base dessa doutrina, está a ligação entre a divisão de poderes e a liberdade individual, que se perfectibiliza por meio da colaboração entre autoridades na tomada de decisões, da especialização que permite uma melhora qualitativa e do estabelecimento de mecanismos de responsabilização e fiscalização dos poderes do estado<sup>131</sup>.

A originalidade da tese de Montesquieu estava justamente em distinguir o poder de julgar em um corpo único, pois, antes, ele estava identificado com o Poder Executivo. Os poderes gozariam de independência entre si, porquanto tinham a faculdade de ordenar de maneira autônoma, exercer controles recíprocos e de obstar as determinações tomadas pelos demais poderes<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> LOCKE, John [1632-1704]. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1681]. p. 98.

<sup>128</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 168.

<sup>129</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 29-33.

<sup>130</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 119-121; SARRABAYROUSE, Eugenio C.. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: Una propuesta de integración. In: **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Juan Pablo Montiel (ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 37-39, 2012. p. 33.

<sup>131</sup> DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: Agra, Walber de Moura; Castro, Celso Luiz Braga de; Tavares, André Ramos. **Constitucionalismo: Os desafios no terceiro milênio**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 143-159. p. 145.

<sup>132</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 426-427.

O objetivo da concepção proposta por Montesquieu foi a limitação do poder monárquico absolutista que era concentrador de poder. Nessa perspectiva, aponta-se que “o legislativo faria as leis e limitaria o campo de atuação do Executivo, restrito já a dar execução às leis adotadas; um Judiciário independente estaria apto a conter as tentativas de desvio ou autopromoção do Executivo”<sup>133</sup>.

Ademais, permitiu-se um avanço fundamental em relação às ideias de Aristóteles sobre governo misto. No modelo aristotélico, os diferentes poderes representavam classes sociais diversas; traçando um paralelo, a Câmara dos Comuns do Parlamento inglês representaria os plebeus, já a Câmara dos Lordes, os nobres e, por fim, a Coroa, o mais poderoso deles, o Rei<sup>134</sup>.

Montesquieu rejeitou a compreensão baseada em classes sociais e propôs, então, uma divisão funcional do poder (entre funções governamentais)<sup>135</sup>. Aqui se tem o que hoje é chamado de separação horizontal do poder, que consiste na desconcentração mediante a garantia de divisão e limitação entre os poderes que têm posição hierárquica idêntica no esquema do poder estatal<sup>136</sup>.

Essa doutrina veio a ser um dos pilares do constitucionalismo liberal-burguês, que se baseava na ideia de que a proteção de direitos fundamentais era dependente, sobretudo, da limitação de poderes do estado. Os interesses da burguesia na garantia da liberdade (principalmente liberdade econômica e autonomia privada) encontraram eco com tal formulação teórica<sup>137</sup>.

Quanto à elaboração teórica da separação de poderes feita por Montesquieu, pode-se distinguir duas doutrinas diversas em seus propósitos. A primeira, descritiva ou teórica, visa a demonstrar de qual maneira se pode classificar os poderes em cada uma das constituições (quais seriam eles), respondendo a uma conexão da ciência funcionando como classificatória de fenômenos e de base para descoberta das regras, concepção típica dos setecentos<sup>138</sup>.

Já a segunda acepção é valorativa, no sentido de que não trata sobre quais são os poderes,

---

<sup>133</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 427.

<sup>134</sup> ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **RDA óRevista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. p. 15.

<sup>135</sup> ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **RDA óRevista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. p. 15.

<sup>136</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 91.

<sup>137</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2016. p. 80-81.

<sup>138</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 289. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47-48.

mas, sim, como eles devem ser distribuídos, funcionando como uma verdadeira ideologia ou um programa político. Percebe-se que essa doutrina aparece com uma roupagem científica, de uma lei natural, segundo a qual somente onde o poder é distribuído de uma determinada forma é que se possibilita o respeito à liberdade individual<sup>139</sup>.

Entretanto, a leitura valorativa da teoria da separação de poderes tal qual esposada por Montesquieu acabou por reforçar o formalismo interpretativo, por meio da proposição de uma divisão rígida e estanque das funções do Estado. Veja-se que, quando trata do Poder Judiciário, o autor aponta que o poder de julgar seria nulo e invisível, pois os julgamentos deveriam corresponder a um texto preciso da lei<sup>140</sup> e os juízes seriam “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”<sup>141</sup>, visão esta que foi seguida por Beccaria, conforme já exposto.

Aqui a ideologia política de Montesquieu revela-se como uma ideologia e um programa de organização judiciária, que se fundamenta na crença de que os magistrados poderiam limitar-se a pronunciar as palavras da lei, circunscritos a aplicarem as palavras literais do texto legal<sup>142</sup>. Sobre essa questão, Mitidiero refere:

Esse ponto é da mais alta importância. Como teoria prescritiva, as ideias de Montesquieu constituem um programa político, uma bandeira ideológica fundada em um mito – mito oriundo da crença de que o juiz poderia ao interpretar limitar-se a declarar uma norma preexistente, cifrando-se apenas ao texto preciso da lei. Desse modo, imaginando-se que os juízes poderiam ser entendidos como seres inanimados, que seriam simples bocas da lei e que por essa razão exerceriam um poder inexistente, Montesquieu faz uma ligação direta entre segurança jurídica, liberdade e igualdade: a lei é clara, estável e irretroativa e, portanto, segura. Por essa razão, por si só é capaz de assegurar liberdade e igualdade para todas as pessoas, tendo em conta que as decisões judiciais são simples declarações da lei aplicadas de maneira silogística ao caso concreto.<sup>143</sup>

A teoria prescritiva (ou valorativa) foi amplamente difundida no pensamento jurídico ocidental em geral, servindo como base para o constitucionalismo liberal e para a afirmação do Estado de Direito. Com essa concepção da separação de poderes, também se difundiu a crença

<sup>139</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 289, MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47-48.

<sup>140</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 169-170.

<sup>141</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 175.

<sup>142</sup> TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 2005 [1976]. p. 294.

<sup>143</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47.

no “juiz inanimado”, que acabou por lastrear uma teoria cognitivista da interpretação jurídica (que se perfectibiliza por meio de declarações fiéis do texto legal)<sup>144</sup>.

É desse caldo cultural que os revolucionários franceses de 1789 vão se abeberar para a formatação do Tribunal de Cassação, cuja missão era a tutela da autoridade da lei e impedir a interferência do Judiciário no Poder Legislativo. Em outras palavras, a preocupação revolucionária era controlar o Judiciário frente ao Legislativo, inclusive pretendendo vedar a atividade interpretativa.<sup>145</sup>

Atualmente, um dos fundamentos em que se sustenta o princípio da legalidade é um dos postulados centrais do liberalismo político, qual seja, a exigência de vinculação do Poder Executivo e do Poder Judiciário à legislação aprovada pelo Legislativo. Isto foi fruto de uma luta política entre a burguesia e o poder absolutista, em que os governantes e juízes somente poderiam exercer o poder punitivo se houvesse uma lei clara e abstrata que assim determinasse/permitisse.<sup>146</sup>

Da mesma forma, exige o princípio democrático, que tem como base a separação de poderes. A aplicação de uma pena restritiva de liberdade é uma medida de tamanha ingerência na vida de um cidadão que a legitimidade para estipular os marcos que dão azo a esta restrição somente podem ser feitos pelo Poder Legislativo, que representa o povo mais diretamente.<sup>147</sup>

Assim, o poder criativo do direito fica restrito ao legislador e, por meio do princípio da legalidade, afasta-se o juiz da tarefa criativa, como também o Executivo.<sup>148</sup> Ademais, com a teoria da separação de poderes, criou-se mais um fundamento para a vedação da analogia em matéria penal (de duvidosa procedência como vimos), uma vez que o juiz não podia incriminar fatos e cominar penas ao arredo do Poder Legislativo.<sup>149</sup>

Com base nessas lições, a doutrina clássica que trata do Direito Penal no Brasil aponta que a interpretação da lei somente deve ocorrer quando não se conseguir apreender de imediato o sentido e a finalidade do texto legal, valendo o brocardo *in claris non fit interpretatio*. Aponta-se a existência de duas correntes sobre o processo interpretativo: a corrente subjetivista (que

<sup>144</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 47-48.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25-31.

<sup>146</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 144.

<sup>147</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 145.

<sup>148</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 145.

<sup>149</sup> HUNGRIA, Nelson [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal**. v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949. p. 32.

busca por meio do elemento histórico descobrir a vontade do legislador) e a objetivista ou atualista (que procura atingir a vontade da lei)<sup>150</sup>.

Em resumo, a função do Poder Legislativo seria de criar a lei, sendo que ao Judiciário caberia declará-la e aplicá-la aos casos concretos. E, como visto no tópico anterior, a criação normativa somente seria legítima se oriunda da participação popular, que inexistente quando pensamos no Judiciário.

Nessa linha, mesmo reconhecendo a necessidade de interpretação do direito (e a diferença entre texto e norma)<sup>151</sup>, pautando-se em uma visão mais rígida da separação de poderes, é um dos argumentos da crítica de Streck e Abboud ao sistema de precedentes vinculantes, *in verbis*:

Ademais, a discussão subjacente à obra deve necessariamente ser vislumbrada em face do que dispõe o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II da CF). Isso porque a aplicação do direito, seja com base em súmula vinculante ou precedente judicial, perante o princípio da legalidade deve ser vista com sérias reservas. Mais precisamente, devemos questionar se é legítimo ao Poder Judiciário decidir as questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do Judiciário (precedente/súmula vinculante). Esse é um ponto crítico que tem sido ignorado por nossa doutrina. Vale dizer, em sistema vinculado ao *civil law*, perante o qual existe previsão constitucional expressa do princípio da legalidade, seria lícito ao Judiciário solucionar suas questões com base tão somente em seus próprios atos? Em função dos graves defeitos que assolam o Poder Legislativo brasileiro, é legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentárias para a esfera de decisão do Judiciário?<sup>152</sup>

Ocorre que quase três séculos depois e já no século XXI, já é passada a hora de repensar a visão estática como leitura correta acerca do conteúdo da separação de poderes, bem como quais são as repercussões dessa superação no âmbito penal. Como será demonstrado à frente, essa visão é insuficiente, marcadamente em razão dos avanços ocorridos no âmbito da interpretação do direito (por conta da sua dupla indeterminação).

## 5. As tradições jurídicas de *civil law* e *common law* e os precedentes vinculantes

Um ponto que precisa de enfrentamento é acerca das diferenças entre os sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, a fim de que alguns mitos sejam desfeitos. Esse tema é

<sup>150</sup> MACHADO, Luiz Alberto. A Interpretação da Lei Penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 17, n. 0, p. 135-143, 1974. p. 136-137.

<sup>151</sup> “Não se pode conceber a existência de atividade jurídica sem interpretação. Isso porque não há um descobrir a norma, a partir de um significado já contido dentro do texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização.” In: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 53.

<sup>152</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67.

crucial, na medida em que é apontado como um dos óbices à adoção, pelo nosso país, de um sistema de precedentes judiciais.<sup>153</sup>

A *common law* e a *civil law* surgiram de circunstâncias históricas e políticas bastante diferentes, o que levou à formação de famílias jurídicas com desenhos diversos. Ocorre que a questão do papel criativo do juiz e da legitimidade da decisão judicial é um problema que atinge e gera discussão nas duas tradições.<sup>154</sup>

O emprego da jurisprudência e dos precedentes no âmbito da tomada de decisão nos ordenamentos modernos é de grande relevo. Já faz algum tempo, países filiados à tradição da *civil law* utilizam-se de precedentes, não sendo mais tão somente uma característica dos sistemas de *common law*, que também passaram a se utilizar, em grande medida, do direito escrito (*statutory law*).<sup>155156</sup>

É comum que, nos centros acadêmicos brasileiros (e no mundo em geral), em algum momento da formação do jurista, se comparem os principais sistemas jurídicos ocidentais da atualidade: a *civil law* (ou romano-germânico) e a *common law*. Uma das grandes diferenciações feitas quando se propõe essa análise é acerca das fontes do direito, havendo uma dicotomia entre a lei escrita como fonte principal nos sistemas de *civil law* e as decisões judiciais (ou precedentes) no âmbito do *common law*<sup>157</sup>.

Tradicionalmente, aponta-se que, no sistema romano-germânico, a jurisdição resolve casos concretos tendo como substrato básico a legislação. A aplicação dar-se-ia por meio de um raciocínio meramente dedutivo, que parte do comando legal (norma) para regular a situação

<sup>153</sup> Entendendo que nos sistemas de *civil law* o precedente não tem força vinculante: TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 132. Textualmente: “De outro lado, é necessário considerar que o problema do precedente é muito mais complexo do que comumente se pensa. O precedente não tem uma eficácia formalmente vinculante nem mesmo na Inglaterra e menos ainda nos Estados Unidos. Com maior razão- e independentemente da eventualidade que se considere a jurisprudência como fonte do direito – exclui-se que o precedente tenha eficácia vinculante nos sistemas de *civil law*.”

<sup>154</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25-35.

<sup>155</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 709.

<sup>156</sup> STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Os autores indicam criticamente que a lei tem um significado diferente na *civil law* e na *common law*, *in verbis*: “Na *common law*, não é permitido ao magistrado negar-se a cumprir a lei. O que ocorre é que essa tradição jurídica é mais aberta e flexível quanto a essa questão, justamente em virtude da posição e da principal função exercida pela lei que, além de não ser considerada a principal forma de manifestação e desenvolvimento próprio do direito, atua de forma mais restrita, respeitando a terminologia jurídica e as divisões tradicionais das matérias.” p. 38.

<sup>157</sup> PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 21.

específica, não tendo as decisões judiciais um papel de fonte do direito, mas tão somente como fonte de inspiração moral (ou legislativa)<sup>158</sup>.

Já no sistema jurídico da *common law*, existiria uma situação diferente, pois lá as decisões judiciais seriam a principal fonte do direito (com produção de efeitos vinculantes e gerais) e não a lei escrita. A forma de aplicação do direito se daria com a extração da norma jurídica de um (ou alguns) caso concreto e da utilização da indução para solucionar conflitos similares no futuro (*case law*)<sup>159</sup>.

Aqui deve ser pontuado que não se pode compreender os sistemas de *civil law* e de *common law* como os únicos dois sistemas que são encontrados nos países ocidentais, pois um sistema jurídico é o arcabouço de instituições jurídicas, processos e normas<sup>160</sup>. Isso quer dizer que há sistemas jurídicos diversos, inclusive dentro de um mesmo país (como, por exemplo, nos Estados Unidos, que têm 50 Estados-membros, mais o distrito de Colúmbia e o âmbito federal com arcabouços jurídicos relativamente diferentes)<sup>161</sup>.

Esses sistemas jurídicos podem ser agrupados em famílias jurídicas (*common law* e *civil law*), que têm algumas características que lhes são comuns, mas não contêm instituições, processos e regras iguais. Há grande diversidade não somente em relação a regras de direito substancial, mas também no que tange às instituições e aos processos<sup>162</sup>, o que se percebe, facilmente, quando se analisa o processo penal brasileiro (tradição de *civil law*) e o processo penal espanhol (também vinculado à tradição *civil law*), por exemplo<sup>163</sup>.

Uma tradição jurídica relaciona-se com um processo histórico de atitudes principalmente acerca da natureza do direito e do seu papel desempenhado na sociedade organizada. A definição da tradição tem a ver com o funcionamento do sistema legal e como ele deve ser produzido, aplicado, estudado e pensado, o que coloca o direito em uma perspectiva cultural<sup>164</sup>.

<sup>158</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51-52.

<sup>159</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51-52.

<sup>160</sup> MERRYMAN, John Henry [1920-2015]; PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. **The Civil Law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 1.

<sup>161</sup> RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35.

<sup>162</sup> MERRYMAN, John Henry [1920-2015]; PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. **The Civil Law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 1.

<sup>163</sup> De modo ilustrativo, uma diferença marcante na Espanha é a existência de juiz instrutor com poderes de investigação (artigo 308 da LEC). No ponto, ver: GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid: Colex, 2015. p. 393-414.

<sup>164</sup> MERRYMAN, John Henry [1920-2015]; PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. **The Civil Law tradition: An**

Entretanto, pode-se dizer que a distinção entre as famílias jurídicas tem valor relativo, uma vez que há influências recíprocas entre os ordenamentos de origens diversas, fenômeno esse que tem sido reforçado em razão da globalização econômica atual (gerando grande dinamismo nos ordenamentos jurídicos). Isso reforça a ideia de que a diferenciação entre as famílias jurídicas é muito mais no sentido tendencial.<sup>165</sup>

É importante notar que no âmbito da *common law* os precedentes podem ter uma função criativa propriamente dita (“*judge made law*”) ou interpretativa. Nessa segunda função, os precedentes têm a incumbência de dar estabilidade à interpretação feita pelo Poder Judiciário acerca do significado da legislação, passando, com isso, a integrar de forma vinculante a própria ordem jurídica.<sup>166</sup>

Em relação ao direito penal, há uma tendência contemporânea, mesmo no âmbito da *common law*, de se estabelecer através de lei escrita a definição dos crimes, o que não impede que, com a interpretação, os juízes mantenham um papel importante<sup>167</sup>. Pode-se dizer que, em alguns estados dos EUA, há mais leis escritas que em muitos países considerados de *civil law* e esta é uma realidade em todas as áreas do direito norte-americano, sendo que, há algum tempo, as leis se tornaram fonte jurídica primária dos EUA (fenômeno chamado de “*statutorification*”)<sup>168</sup>.

Inclusive, relativamente aos Estados Unidos, há uma forte crítica acerca do excesso leis penais (nominado como labirinto legal) e de criminalização em alguns setores considerados desnecessários. A título ilustrativo, somente no âmbito federal, há mais 400 tipos penais previstos na legislação norte-americana<sup>169</sup>, sendo que a maioria dos crimes está prevista nas legislações estaduais<sup>170</sup><sup>171</sup>.

Nesse ponto, dissertando a respeito da crise pela qual passa o direito penal norte-americano, refere Heringer Júnior que “[o] resultado tem sido uma abundante produção

---

introduction to the legal systems of Europe and Latin America. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009. p. 2.

<sup>165</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003. p. 55-57.

<sup>166</sup> POMORSKI, Stanislaw. **American Common Law And The Principle Nullum Crimen Sine Lege**. 2. ed. The Hague: Mouton, 1975. p. 03.

<sup>167</sup> KREß, Claus. 'Nulla poena nullum crimen sine lege'. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Max Planck Encyclopedia of International Law**. v. VIII. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 889-899. p. 891.

<sup>168</sup> CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982. p. 1.

<sup>169</sup> Que tem um Código Penal Federal (Title 18 - *Federal Criminal Code*) prevendo crimes e forma de processamento.

<sup>170</sup> Na seara estadual também há Códigos Penais (*State Criminal Codes*). Além disso, há previsão de infrações penais na esfera municipal (*Municipal Ordinance*).

<sup>171</sup> LUNA, Erik. The Overcriminalization Phenomenon. **American University Law Review**, v. 54, p.703-743, 2005. p. 703-712.

legislativa, com a criação de inúmeros novos tipos penais que vieram a somar-se aos outros já existentes, numa espiral inflacionária de criminalização que até o momento parece irreversível.”<sup>172</sup>. O que demonstra, ao contrário do que se poderia imaginar, que os países vinculados à tradição da *common law* têm uma legislação penal numerosa.

Ainda, sob o ponto de vista histórico, na *common law* muito se discutiu acerca da função jurisdicional, mais especificamente, qual seria o papel da decisão judicial. Duas correntes surgiram para dar resposta a esse questionamento, a primeira defendendo que o Poder Judiciário criava o direito (Jeremy Bentham e John Austin) e uma segunda pregando que a jurisdição apenas declararia um direito preexistente (William Blackstone).<sup>173</sup>

Na visão positivista, o juiz da *common law* é quem estabelecia o direito em razão de possuir o poder de criá-lo (“*law-making authority*”), então, o direito não seria declarado, mas criado pelo Poder Judiciário. Conforme aponta Marinoni, a relação entre a teoria constitutiva do direito e o *stare decisis* gerou a formação de três mitos: “i) o *common law* não existe sem o *stare decisis*; ii) o juiz de *common law*, por criar o direito, realiza uma função absolutamente diversa daquela do seu colega do *civil law*; e iii) o *stare decisis* é incompatível com o *civil law*”<sup>174</sup>.

Efetivamente, podem ser qualificados como mitos, pois não se tem comprovação alguma dessas imbricações. A criação do direito pelos juízes não tem relação exclusiva com a ideia de vinculação (*stare decisis*), porque o respeito ao passado é a base da teoria declaratória, na qual o precedente declara ou desenvolve o *common law* e, além disso, o *common law* sobreviveu por séculos sem o *stare decisis*<sup>175, 176</sup>.

Além disso, é visível que institutos que são originários e típicos da *common law* foram incorporados no Direito Processual brasileiro. O direito ao confronto ou *right of confrontation*<sup>177</sup> é um exemplo claro, pois tem origem próxima no direito anglo-americano e

<sup>172</sup> HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?** Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 76.

<sup>173</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 25-27.

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 27.

<sup>175</sup> PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas [1897-1965]. **A Concise History of the Common Law**. 15ª ed. [1965] Indianapolis: Liberty Fund, 2010 [1929]. p. 342-350.

<sup>176</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 28-29 e 31-32.

<sup>177</sup> Determina que todo conhecimento testemunhal incriminador, passível de valoração pelo Juiz criminal, seja produzido de forma pública, oral, na presença do magistrado e do acusado, submetendo-se à inquirição deste último. Conforme MALAN, Diogo. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 85-89.

foi incorporado no Brasil em diversos pontos da legislação processual penal, por exemplo, nos artigos 204, 217, 261, 212 e 203 do CPP.<sup>178</sup>

No que tange o precedente judicial, é interessante uma breve menção ao estado da Louisiana nos EUA. Nesse estado, houve uma grande influência da tradição jurídica francesa, espanhola e romano-germânica, uma vez que foi colonizado pela França e comprado pelos Estados Unidos somente em 1803.<sup>179</sup>

E, em que pese a semelhança estrutural com sistema jurídico americano como um todo, pelas suas peculiaridades históricas, acabou desenvolvendo um sistema jurídico híbrido<sup>180</sup>, mesclando o direito legislado com precedentes. Com isso, pode se beneficiar da confluência das duas principais tradições jurídicas ocidentais.<sup>181</sup>

Nesse particular, expressamente aponta Algero:

Com suas fontes de direito sendo a lei e os costumes, o seu grande respeito pelas decisões judiciais e, ainda, a flexibilidade da doutrina jurídica para lidar com o precedente, o sistema jurídico da Louisiana está bem equipado para manter a coerência e previsibilidade valorizada em um sistema legal forte, enquanto ao mesmo tempo evita que a lei torne-se obsoleta e ultrapassada.<sup>182</sup> (tradução nossa)

Ao lado da vinculação à legislação (dos costumes e da equidade, subsidiariamente<sup>183</sup>), há um forte respeito aos precedentes, especialmente os oriundos da Suprema Corte da Louisiana. As decisões da Suprema Corte estadual são vinculantes para os tribunais inferiores, mesmo que haja certa crítica doutrinária de que as decisões judiciais não seriam fontes do direito de acordo com a legislação.<sup>184</sup>

<sup>178</sup> MALAN, Diogo. **Direito ao Confronto no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 72-74 e 90.

<sup>179</sup> PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

<sup>180</sup> Para um aprofundamento nessa temática, com análise de diferentes ordenamentos (África do Sul, Escócia, Louisiana, Quebec, Porto Rico, Filipinas, Botswana, Malta e Israel), ver: PALMER, Vernon Valentine. **Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

<sup>181</sup> ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 777.

<sup>182</sup> ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 777. No original: “With its sources of law being enacted law and custom, its great respect for judicial decisions, and yet its flexible doctrine of jurisprudence constante to deal with precedent, Louisiana's legal system is well-equipped to maintain the consistency and predictability valued in a strong legal system while at the same time keeping that law from becoming stale and outdated.”

<sup>183</sup> Não podem contrariar a legislação, conforme: ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 795-798.

<sup>184</sup> ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 780.

As decisões da Suprema Corte da Louisiana são importantes para densificar o conteúdo/significado da lei, a partir da interpretação adscrita à legislação<sup>185</sup>. Desde 1969, a Corte de Vértice estadual entende que seus precedentes são vinculantes para as demais esferas do Judiciário (caso *Pelican State Assocs., Inc. v. Winder*).<sup>186</sup>

Em suma, mesmo que não adote propriamente o *stare decisis* como o restante dos Estados Unidos (a adesão é mais limitada), na Louisiana, há necessidade de respeito aos precedentes estipulados no âmbito da Suprema Corte estadual, a partir da definição de sentido dado através da interpretação legal. Assim, há uma prevalência da legislação, mas a determinação do significado interpretativo fixado pela Corte de Vértice vincula os demais órgãos jurisdicionais (precedente interpretativo).<sup>187</sup>

Vê-se, portanto, que o direito da Louisiana foi apto a conciliar o direito legislado com a vinculação aos precedentes da Corte Suprema. Mesmo com ampla produção legislativa (diversas leis e códigos) e sem substituir a autoridade da legislação, houve a adoção de uma teoria vinculante dos precedentes.

A partir desse exemplo concreto e da comparação entre *common law* e *civil law*, percebe-se que não é intrinsecamente incompatível como os sistemas filiados tradicionalmente ao *civil law* a adoção de uma teoria de precedentes vinculantes, mesmo que a partir de origens diversas. O precedente interpretativo é, além de uma possibilidade, um imperativo.

No entanto, mesmo demonstrando que ocorreu uma aproximação entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, esse parece não ser o fundamento principal para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil, que se situa na (dupla) indeterminação do direito e na insuficiência do princípio da legalidade para garantir a cognoscibilidade normativa. Mas, certamente, serve para demonstrar que a tradição jurídica brasileira não é avessa *a priori* a que se utilizem precedentes vinculantes para densificar a segurança jurídica e fomentar a liberdade e a igualdade.

---

<sup>185</sup> Há um Código Penal (*Louisiana Criminal Code, in Title 14 of the Louisiana Revised Statutes*) e um Código de Processo Penal (*Louisiana Code of Criminal Procedure*).

<sup>186</sup> ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 792-793.

<sup>187</sup> ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005. p. 798 e 807.

## B. DA NECESSIDADE DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES COMO GARANTIA DE UNIDADE DO DIREITO

### 1. Novos Paradigmas no Âmbito da Teoria da Interpretação: A superação do cognitivismo interpretativo

Como já enunciado, uma das grandes alterações que ocorreu na teoria jurídica nas últimas décadas foi acerca do significado da interpretação jurídica, sendo que esta nova compreensão teve impacto na própria significação do Direito.<sup>188</sup> Esta mudança faz com que seja necessário repensar conceitos, institutos e a própria função do princípio da legalidade, especialmente, no âmbito penal.

Durante muito tempo, no paradigma liberal, entre os séculos XIX e meados do século XX, concebeu-se que a interpretação jurídica ocorria ao se declarar o direito que estava preexistente no texto da lei (“A lei era o porto seguro de chegada”), não havendo que se falar em construção ou reconstrução de sentidos.<sup>189</sup> Aqui a função do intérprete era eminentemente declaratória, por meio de um ato cognitivo, que explicitava o que o legislador havia posto por meio da norma.<sup>190</sup>

O pressuposto era claro e simples: texto e norma eram considerados sinônimos. E, assim sendo, a atividade do intérprete era concebida simplesmente em declarar a norma dada pelo Legislador, ou seja, a tarefa normativa propriamente dita era afeita a fase legislativa, sendo daí provenientes tanto o texto quanto a norma.<sup>191</sup>

Esta é uma perspectiva cognitivista da interpretação jurídica (ou formalista), que define o ato interpretativo como um ato de descobrimento ou conhecimento de sentido. A base dessa compreensão teórica é que o texto normativo é dotado de um significado unívoco e suscetível de ser conhecido, sendo anterior à interpretação.<sup>192193</sup>

Ocorre que esse tipo de concepção reduz o trabalho jurisdicional ao de um autômato, que recebe de forma avaliativa os fatos trazidos ao processo e a partir daí decide. Essa visão

<sup>188</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 20-21.

<sup>189</sup> LARENZ, Karl [1903-1993]. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014 [1960]. p. 11-19.

<sup>190</sup> Representativo destas ideias era a compreensão (prescritiva) do Poder Judiciário como um poder nulo, nesse sentido: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748]. p. 172.

<sup>191</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 47-52.

<sup>192</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 8-9 e 409-412.

<sup>193</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 143.

simplista ainda é encampada por parte da doutrina brasileira, que considera que o ato de decisão se resume a um raciocínio silogístico pelo qual o julgador, identificando na norma a premissa maior e na situação fática uma premissa menor, chega, por uma dedução lógica, a uma conclusão.<sup>194</sup>

Inserido no caldo cultural do Iluminismo, Beccaria pregava que a tarefa do juiz consistiria em “um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não a lei, a consequência é a liberdade ou a pena. Quando o juiz for obrigado ou quiser elaborar um raciocínio a mais, abrem-se as portas da incerteza.” (tradução nossa).<sup>195</sup>

Por conta disso, a função da jurisdição seria tão somente a resolução de casos concretos, mediante o accertamento do fato a norma aplicável à espécie. A sua relação era para com o caso em exame (perspectiva individual de resolução de litígios), não tendo nenhum papel de desenvolvimento em relação à ordem jurídica como um todo (perspectiva macro de construção da ordem jurídica)<sup>196</sup>.

Nesse ponto, a doutrina penal clássica aponta que o brocardo do *in dubio pro reo* referir-se-ia tão somente ao direito processual e não ao direito material, utilizando a fundamentação de que “o direito nunca é duvidoso”. Assim, a dúvida em termos penais apareceria apenas em relação à prova e à sua valoração, e não quanto ao significado do direito<sup>197</sup>.

Em uma perspectiva positiva, o pensamento iluminista certamente representou um grande avanço em termos de garantias penais, sendo, talvez, o período com maior desenvolvimento nesse ponto. Entretanto, não está imune a críticas, pois a ideia do julgamento como um silogismo perfeito e da atuação mecânica do juiz (“boca da lei”), traz uma fraqueza política enorme, pois impossível sob o ponto de vista epistemológico e simplesmente impraticável juridicamente.<sup>198</sup>

Nessa esteira, percebe-se com facilidade que, ao se interpretar o direito, não é sequer possível tomar essas premissas como realidade ou com pretensão de correção. Isso porque o

<sup>194</sup> Nesse sentido, a crítica trazida por BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JR., Humberto. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 309 e; LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 886-892.

<sup>195</sup> BECCARIA, Cesare [1738-1794]. **De los delitos y de das penas**. Edición bilingüe. Madrid: Editorial Trotta, 2011[1764]. p. 120. No original “un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.”.

<sup>196</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 49-51.

<sup>197</sup> MACHADO, Luiz Alberto. A Interpretação da Lei Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 17, n. 0, p. 135-143, 1974. p. 143.

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014 [1989]. p. 17.

direito padece de uma dupla indeterminação, o que significa dizer que os textos são equívocos e as normas são vagas.<sup>199</sup>

Então, primeiramente, o que significa dizer que um texto é equívoco? De forma resumida, significa que o texto pode ser ambíguo (ter significação alternativa – “uma coisa ou outra”), pode ser complexo (conter mais de um significado – “uma coisa e outra”) ou padecer de problemas implicação (o texto, ao expressar uma norma, gera, necessariamente, outra? – “Uma coisa quer dizer também outra?”)<sup>200201</sup> e de defectibilidade (o texto gera uma determinada norma, que admite exceções implícitas – “norma diz mais do que deveria”)<sup>202</sup>.

Um exemplo que bem ilustra o que se acaba de apontar é o vocábulo “casa” no dispositivo constitucional que traz a inviolabilidade do domicílio – artigo 5º, inciso XI da CR/88. Poder-se-ia questionar se um escritório profissional também estaria protegido por esta norma constitucional e se é enquadrável no conceito de “casa”<sup>203</sup>?

Há diversas decisões do Supremo Tribunal Federal que respondem afirmativamente a esta indagação, mesmo que a literalidade do dispositivo não seja nesse sentido. O Tribunal entende que o conceito normativo de casa deve ser interpretado de forma abrangente, de forma a englobar espaços não acessíveis ao público de escritórios profissionais em geral<sup>204</sup>.

Contemporaneamente, reconhece-se que interpretar o direito não é meramente declarar uma norma preexistente, mas sim adscrever significado a um texto normativo. A atividade de criação do direito (normativa) é uma empreitada de compartilhamento de tarefas entre o legislador e o juiz.

Assim, o labor interpretativo do juiz muda de feição, tornando-se reconstrutivo de significado, pois parte de uma base que preexiste (texto) para criar a norma, mas também dá sentido ao texto. Nesse sentido, Ávila afirma que “[s]endo assim, a interpretação não se

<sup>199</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-61.

<sup>200</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-44.

<sup>201</sup> Por exemplo, saber se a dignidade da pessoa humana e a consequente autodeterminação sexual implicam ou não no direito de praticar zoofilia. Argumento que foi afastado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em julgamento ocorrido em 2015, em razão de que o indivíduo é obrigado a tolerar atos estatais (tipificação como infração administrativa da zoofilia) que não importem em violação do núcleo essencial de seu direito à autodeterminação existencial. (SARLET, Ingo Wolfgang. A proteção dos animais e a legitimidade jurídico-constitucional da zoofilia. **Consultor Jurídico**, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/direitos-fundamentais-protecao-animais-legitimidade-juridico-constitucional-zoofilia>>. Acesso em: 11 fev. 2017.)

<sup>202</sup> ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, jan. 2013. p. 191.

<sup>203</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 411-412.

<sup>204</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.788/RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 abr. 2005. DJ 02 jun. 2006.

caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos do texto”<sup>205</sup>.

Aqui é preciso salientar que o ato interpretativo é uma atividade reconstrutiva, pois há significados mínimos já delineados pelo uso da linguagem, seja no espaço técnico-jurídico, seja no uso ordinário (consolidados na comunicação linguística). Algumas expressões, mesmo com um espaço de indeterminação significativa, possuem núcleos de sentido que permitem indicar situações que claramente não são aplicáveis (“provisória” certamente não significa algo que produz efeitos permanentes).<sup>206</sup>

Assim, devemos atentar para a importância do texto, uma vez que é o dispositivo legal que vai determinar o sentido da interpretação, ainda que de forma incompleta. É clássica a lição de Kelsen, que refere:

Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.<sup>207</sup>

Além disso, o silogismo pode ser apontado como insuficiente para explicar o raciocínio do juiz e também para justificar racionalmente uma decisão judicial. Isso pois as premissas podem ser incorretas/falsas sob o ponto de vista do direito, sendo necessário também respeitar a justificação externa, que consiste na correção jurídica das premissas (normativa e probatória).<sup>208</sup>

Há um novo papel exercido pelo intérprete de construção de sentidos a partir da norma legislada, no ponto, refere Coutinho em tom de crítica:

Ademais, diante da hermenêutica mais avançada, tem-se um intérprete que, literalmente, cria a norma a partir de um texto preestabelecido, tanto que, não raro,

<sup>205</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 51.

<sup>206</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 52-53.

<sup>207</sup> KELSEN, Hans [1881-1973]. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. [1960, 1ª ed. 1934] Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

<sup>208</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 13-15.

assim o faz contra expressa disposição da lei (do texto), trazendo de volta o inaceitável, isto é, afronta ao precitado princípio aristotélico da não contradição. E isso se dá em razão de o texto não ser fixado a partir de qualquer palavra, mas das escolhidas por expressarem valores que se pretende delimitar e, se for o caso, proteger. É o mito da lei, pelo qual se espera ter a antecipação de sentido garantida.<sup>209</sup>

É preciso deixar claro que o objeto da interpretação é o texto e a norma é o resultado/sentido da interpretação. Não há correspondência biunívoca entre texto e norma (de um texto pode-se não ter nenhuma norma – ex.: proteção de Deus, previsto no preâmbulo da Constituição Federal; ou de um texto pode advir várias normas – ex.: a regra constitucional que exige lei para criação de tipos penais, gera o princípio da legalidade, da taxatividade e várias outras normas; e o grande exemplo ilustrativo é a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto – mantém-se o texto, mas declaram-se inconstitucionais algumas normas dele extraídas, pois inconstitucionais).<sup>210</sup>

O significado da interpretação jurídica se alterou, impactando diretamente na própria concepção do princípio da legalidade. Pode-se dizer que o direito vigente é fruto da legislação, enquanto o direito vivente é fruto da jurisdição, sendo que o Legislador e o juiz têm âmbitos de atuação distintos, fruto da separação de poderes.<sup>211</sup>

Hoje, facilmente, se percebe que o reconhecimento do espaço de discricionariedade admitido à interpretação e aplicação do direito é muito maior que no tempo do florescimento das ideias iluministas. Pode-se diferenciar um direito vigente ou “*law in the books*” (enunciados normativos) de um direito vivente ou “*law in action*” (conjunto de significados atribuídos aos enunciados normativos quando da sua interpretação e aplicação).<sup>212</sup>

Ferrajoli aponta uma diferenciação entre criação judicial propriamente dita (em sentido forte) e criação judicial em sentido fraco (impróprio). A primeira dá-se com uma escolha interpretativa não associada a qualquer enunciado normativo (ilegítima, pois viola legalidade e separação de poderes), já a segunda refere-se a uma escolha interpretativa a partir dos possíveis

<sup>209</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. In: BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 14.

<sup>210</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-44. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 50-55.

<sup>211</sup> FERRAJOLI, Luigi. Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale. **õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica**, v. 2/2016, p. 23-44, 2016. p. 24.

<sup>212</sup> FERRAJOLI, Luigi. Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale. **õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica**, v. 2/2016, p. 23-44, 2016. p. 24.

significados racionais associados a um enunciado normativo, atentando-se para as regras de linguagem, as técnicas interpretativas e a interpretação judicial precedente (legítima).<sup>213</sup>

É inegável que, mesmo nos ordenamentos em que vige a mais rigorosa legalidade, há uma margem de indeterminação que é oriunda da linguagem legal<sup>214</sup>. Por essa e por outras razões (como a inflação legislativa), há, propriamente, uma crise<sup>215</sup> do papel da lei e legalidade como limitadores do arbítrio judicial, podendo-se afirmar, no limite, que se trata de verdadeiro mito da modernidade.<sup>216</sup>

Ademais, é preciso referir que o resultado da atividade interpretativa pode variar em razão da existência de uma pluralidade de métodos de interpretação concorrentes. Não há, por exemplo, um consenso sobre o número e a ordem dos cânones interpretativos (sendo os mais importantes: o semiótico, o genético, o histórico, o sistemático, o comparativo e o teleológico).<sup>217</sup>

A divergência acerca dos valores éticos normativos também contribui para a existência de interpretações alternativas e contraditórias sobre o mesmo texto legislativo. As opiniões diversas sobre os valores fundamentais e os conflitos entre visões de mundo do intérprete fazem com que surjam resultados interpretativos diferentes.<sup>218</sup>

Então, pode-se dizer que toda interpretação envolve uma decisão interpretativa baseada em argumentos<sup>219</sup>. O raciocínio jurídico passa a conviver com outras lógicas que não somente a dedução, trabalhando mais com um raciocínio dialético e problemático do que meramente lógico-dedutivo<sup>220</sup>.

<sup>213</sup> FERRAJOLI, Luigi. Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale. *õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica*, v. 2/2016, p. 23-44, 2016. p. 25.

<sup>214</sup> Portanto, todas as leis devem ser interpretadas, não somente as “obscuras”, no ponto, ver: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis [1889-1970]. **Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito**. 3. ed. Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958 [1. ed. 1945]. p. 101.

<sup>215</sup> Mais uma vez, a palavra crise consubstanciada como esgotamento de um paradigma ou, na perda do referencial regulativo até então em vigor. Ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1- 44, 1998. p. 2-3.

<sup>216</sup> FERRAJOLI, Luigi. Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale. *õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica*, v. 2/2016, p. 23-44, 2016. p. 24-25.

<sup>217</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991. p.73-122. p.77-78.

<sup>218</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p.145-146.

<sup>219</sup> ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, jan. 2013. p. 194.

<sup>220</sup> VOGLIOTTI, Massimo. **Dove passa il confine?** Sul divieto di analogia nel diritto penale. Torino: Giappichelli, 2011. p. 16-20.

Sob o ponto de vista empírico, ao assistir uma sessão de julgamento, pode-se perceber, claramente, que os sentidos da norma são construídos de maneira argumentativa, geralmente com uma multiplicidade de possibilidades interpretativas. Definitivamente, é impossível aceitar acriticamente o mito do “juiz boca da lei”, surgindo o precedente, portanto, como mais um instrumento de redução da inevitável discricionariedade judicial.

## **2. O papel do Poder Judiciário: A criação normativa como uma tarefa colaborativa e o papel reconstrutivo do juiz**

Nessa linha de ideias, é preciso revisitar a própria função jurisdicional, analisando qual é a tarefa do juiz no que tange a sua atuação frente à legislação. A importância de delimitarmos a participação do órgão julgador na elaboração (concretização) da norma (resultado interpretativo) é fundamental quando tratamos do direito penal, uma vez que é preciso definir com nitidez o âmbito punitivo.

Acreditava-se que a lei como ato jurídico geral e abstrato tinha a capacidade de regular uma ampla gama de casos *ex ante* (função absorvente), sendo que a função do Judiciário seria meramente a sua simples aplicação. Essa tarefa deveria ser desenvolvida sem proeminência e com pouco destaque, pois ficava a sombra da legislação produzida pelo Poder Legislativo (verdadeiro centro de gravidade do sistema)<sup>221</sup>.

Ocorre que o direito penal, como os demais ramos jurídicos, é expressão de uma elaboração (ou reelaboração) jurisprudencial-doutrinária. É a partir dos resultados dessa elaboração normativa-reconstrutiva que o direito penal ganha a sua determinação e concretude quanto ao seu conteúdo juridicamente vigente, isto independentemente de se tratar de norma *in malam* (por exemplo, os critérios de determinação normativa da ilicitude, culpa e incriminação) ou *in bonam partem*.<sup>222</sup>

A aplicação da legislação depende de um processo metodológico-problemático decisório em concreto, através de uma reconstrução dos sentidos normativos, não sendo possível a dedução deste apenas pelo conteúdo da lei. Isto simplesmente porque a fundamentação e dedução não se identificam, sendo o processo de aplicação do direito mais complexo.<sup>223</sup>

<sup>221</sup> FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’”ultima parola”. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 65-66.

<sup>222</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 318.

<sup>223</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de**

Conforme bem aponta Santos, alguma indeterminação é ínsita à lei penal e a interpretação é inexorável, *in verbis*:

O problema de toda lei penal parece ser a inevitabilidade de certo nível de indefinição: as palavras da lei são objeto de interpretações diferentes porque os juízos de valor enunciados não admitem descrições neutras – e qualquer tentativa semelhante seria monótona ou ridícula: como descrever o conceito de injúria, por exemplo?<sup>224</sup>

Assim, por exemplo, problema da “mudança de jurisprudência”, na verdade, é um problema de modificação do próprio direito positivo, o qual foi incrementado<sup>225</sup>. Nesse ponto, pode-se dizer que o direito jurisprudencial passa a fazer parte da ordem jurídica a fim de guiar condutas.

A decisão interpretativa tem autonomia em relação à lei, representando a participação evidente do Poder Judiciário na formulação do direito. A lei se consubstancia em nada mais que um projeto que dá origem ao direito delineado pelas Cortes Supremas (notadamente o STJ e o STF), não havendo sentido em se insistir que os juízes devem respeito apenas ao legislador<sup>226</sup>.

Com a evolução da teoria da interpretação, percebe-se que o Judiciário deixa de ser “submetido” ao Poder Legislativo e passa a colaborar com ele para a instituição do direito, por meio da incorporação de suas decisões na ordem jurídica. Os precedentes nada mais são do que reflexo disso, com a sua natural autoridade, tendo em conta a necessidade de tutelar a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica.<sup>227</sup>

A interpretação pode ser vista sob o prisma do seu processo (interpretação-atividade) ou de seu resultado (interpretação-produto). Então, a interpretação consiste em uma atividade de atribuição de significado a um enunciado normativo e tem como resultado uma ou mais normas oriundas do ato interpretativo.<sup>228</sup>

A atividade jurisdicional exerce, portanto, um verdadeiro papel de coprodução do direito, funcionando como complementação da legislação. A criatividade judicial é vinculada ao texto

---

**Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 317.

<sup>224</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 23.

<sup>225</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 326-327.

<sup>226</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 18.

<sup>227</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

<sup>228</sup> GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011. p. 13-15.

da legislação, mas, como vimos, em razão da abertura natural da linguagem e dos tipos abertos, é inexorável.<sup>229</sup>

De outro lado, o juiz penal também aparece como um poder antagônico ou um contrapoder frente aos órgãos políticos majoritários. Isso, à medida que pode (deve) controlar a constitucionalidade das leis penais, bem como julgar de acordo com o direito e as provas, independentemente do clamor popular.

Essas duas tendências (criativa e limitadora) são vislumbradas tanto nos ordenamentos de *civil law* como no âmbito da *common law*. Visto que, em maior ou menor espectro, o material de trabalho do jurista é a linguagem e esta precisa necessariamente ser interpretada, independentemente do sistema jurídico que se está levando em consideração.

O conflito entre o poder judicial criativo do juiz e a função precípua do Legislativo de criação do direito pode ser resolvido com algumas soluções teóricas. A primeira é considerar que a teoria da separação de poderes é uma teoria normativa (dever ser) e o poder criativo judicial é cognoscitivo (opera no plano concreto do ser), portanto, não haveria propriamente conflito<sup>230</sup>.

Em segundo lugar, poderíamos argumentar que, mesmo que a teoria da separação vede que o juiz crie direito, essa vedação é para a criação *in abstracto* (produção do direito propriamente dita ou em sentido forte). A criação do direito *in concreto*, por outra parte, seria ínsita ao trabalho jurídico e se daria a partir dos marcos textuais da legislação (interpretação do direito).<sup>231</sup>

A terceira solução é admitir que há uma contradição entre a teoria da separação de poderes e o poder criativo dos juízes. Para solucioná-la, pode-se argumentar que a produção do direito via Legislativo está justificada em termos de legitimidade pela legalidade (Estado de Direito), enquanto a criatividade dos juízes se justificaria pelo valor moral e político da justiça (dentro das possibilidades da moldura legislativa, deve-se escolher a norma mais justa).<sup>232</sup>

O legislador impõe uma primeira ordem de controle ao Judiciário, limitando de alguma forma o seu espectro de atuação, com a estipulação de balizas legislativas. Entretanto, é

<sup>229</sup> PASTORE, Baldassare. Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica. *òArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica*, v. 2/2016, p. 61-76, 2016. p. 62.

<sup>230</sup> BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, p. 01-21, Torino: Giappichelli, out. 2004. p. 15-16.

<sup>231</sup> BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, p. 01-21, Torino: Giappichelli, out. 2004. p. 16-17.

<sup>232</sup> BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. *Analisi e Diritto*, p. 01-21, Torino: Giappichelli, out. 2004. p. 18-21.

impossível hoje defender que o juiz não goze de certo poder criativo e isso é válido para todas as searas do direito, inclusive a penal.

A reserva legal deve ser revisitada à luz da “*law in action*”, ou seja, frente à atividade de interpretação e aplicação do direito. É ilusório (verdadeiro mito) pensar que o Poder Legislativo é o artífice exclusivo da norma penal, pois o juiz tem uma participação fundamental de “acabamento” ao trabalho feito pelo legislador.<sup>233</sup>

Logo, o grande problema parece ser não mais se a decisão judicial produz inovação a partir de escolhas interpretativas mediadas pelo texto (uma certa discricionariedade é inerente ao processo interpretativo), mas, sim, como limitar isso. É preciso, portanto, desenvolver instrumentos e uma metodologia argumentativa que dê conta de permitir um controle mínimo.

É indispensável o desenvolvimento de uma estrutura racional de argumentação jurídica para um controle crítico da atividade interpretativa (o processo interpretativo se dá com os atos de conhecer, valorar e decidir). Assim, haverá uma redução da subjetividade do intérprete e a possibilidade de instrumentalizar um controle intersubjetivo das razões.<sup>234</sup>

Somado a isso, é preciso que o processo proporcione um ambiente de participação efetiva (contraditório forte e dever de fundamentação reforçada), a fim de se superar o déficit democrático do Poder Judiciário (não eleito). Isso porque a própria fonte de legitimidade da atuação dos jurisdicional advém da argumentação/justificação das decisões.

A importância da fundamentação também se dá sistemicamente em relação à formação de precedentes. A decisão judicial é composta de dois discursos: um para o caso (direcionado especificamente para as partes) e outro para a ordem jurídica, pelos precedentes (promoção da unidade do direito) – neste ponto, a fundamentação é essencial para que se possa identificar a *ratio decidendi* ou *holding* (generalização das razões)<sup>235</sup>.

### **3. Novos Paradigmas na Técnica de Redação Legislativa no Direito Penal Contemporâneo: os tipos abertos e a (tendencial) flexibilização do subprincípio da taxatividade**

Um outro fator que incrementa o estado de crise do princípio da legalidade na seara penal é a utilização da técnica legislativa aberta. O legislador em matéria criminal passou a se

<sup>233</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. 123.

<sup>234</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001. p. 165.

<sup>235</sup> Nesse sentido, ver: MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente ó Dois Discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, 2012. p. 61-78.

utilizar, ao lado da técnica casuística (marcada por termos descritivos), de termos vagos e elementos normativos como forma de melhor tutelar os bens jurídicos penalmente relevantes.<sup>236</sup>

Essas normas aumentam o grau de discricionariedade judicial, pois há um espaço de valoração ainda maior, gerando dúvidas a respeito dos casos que recaem sob o seu campo de aplicação. Gera-se, com isso, inexoravelmente, uma tensão frente à necessidade de respeito da legalidade.

Uma das exigências do princípio da legalidade penal é que se proíba que as leis penais e as penas sejam indeterminadas. A determinação de taxatividade visa que a legislação seja a única fonte da decisão incriminadora, garantindo-se uma maior objetividade e, com isso, evitando o risco de arbítrio judicial, bem como possibilita-se a prevenção geral (eficácia preventiva da norma penal).<sup>237</sup>

Também se defende que a redação clara das leis penais permite que os Tribunais Superiores possam controlar, num padrão objetivo de correção, a aplicação da legislação pelos juízes de hierarquia institucional inferior.<sup>238</sup> Isso ainda é fruto de uma visão das Cortes Supremas como cortes de correção e de tutela do legislador.

Nos dias atuais, há uma tendência na utilização de conceitos jurídicos indeterminados e tipos abertos no direito penal, o que poderíamos chamar de “abertura normativa da legislação”. Tal fato decorre de que, nas sociedades pluralistas (cultural e socialmente) contemporâneas, há diversas ordens de valores que subsistem por si, de maneira autônoma, não podendo o direito penal renunciar a tipos abertos e indeterminados.<sup>239</sup>

Apontando já nesse sentido, em que pese ser passível de crítica, no quarto Congresso Internacional de Direito Penal (Paris, 26-31 de julho de 1937), foram aprovadas diversas resoluções, entre elas, uma que versa sobre a necessidade de respeito à legalidade penal. Além disso, restou igualmente consignado que as leis penais deveriam ser redigidas em termos genéricos a fim de que pudessem se adaptar às necessidades sociais, *in verbis*:

Terceira questão: É desejável que os juízes possam punir um fato que não está expressamente nos termos de uma disposição legal (*Nullum delictum sine lege*)?

1. O princípio da legalidade dos crimes e das penas, garantia necessária de direitos individuais, impõe a exclusão do método analógico na interpretação das leis penais.
2. Espera-se que as disposições legais de direito penal que definam os crimes sejam

<sup>236</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

<sup>237</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t. I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p.140-141.

<sup>238</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

<sup>239</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984. p. 308.

redigidas de forma suficientemente ampla para facilitar a adaptação da jurisprudência às necessidades sociais. (Tradução livre)<sup>240</sup>

Também, diz-se que a era da “sociedade do risco”<sup>241</sup> traz consigo a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, muitas vezes, levando o legislador a tipificar condutas penais de forma vaga, imprecisa ou incompleta. Essa constatação decorre do aumento dos riscos sociais e do surgimento de novas necessidades de tutela (por exemplo, os bens jurídicos coletivos<sup>242</sup> ou supraindividuais, como o meio ambiente, a ordem tributária e econômica, etc.).<sup>243244</sup>

Os tipos penais abertos são caracterizados pela vagueza na sua formulação, tendo os elementos necessários para a sua configuração redigidos por meio de expressões de vazio semântico. Além disso, podem caracterizar-se pela ambiguidade dos termos que são utilizados para sua elaboração, podendo adquirir mais de um conteúdo semântico e, portanto, causar dúvida interpretativa.<sup>245</sup>

Um exemplo clássico de tipos abertos são os delitos culposos, pois, nesses crimes, há previsão de resultado, mas é deixado a cargo do juiz estabelecer quais condutas descumprem o dever de cuidado. Isso decorre da impossibilidade de se prever todas as ações que violam o bem jurídico, sob pena de tornar impune o crime.<sup>246</sup>

Ademais, a necessidade de tipos abertos advém da própria característica da linguagem e não propriamente da má redação legislativa do legislador penal, sendo que, em uma medida de gradação, todos os tipos penais podem ser considerados abertos em maior ou menor escala.

---

<sup>240</sup> No original: “Troisième question: Est-il désirable que les juges puissent retenir et punir un fait qui ne rentre pas expressément sous les termes d’une disposition légale (*Nullum delictum sine lege*) ? 1. Le principe de légalité des délits et des peines, garantie nécessaire du droit individuel, a pour conséquence l’exclusion de la méthode analogique, dans l’interprétation des lois pénales. 2. Il est à souhaiter que les dispositions de la loi pénale qui définissent les infractions soient conçues en termes assez généraux pour faciliter l’adaptation de la jurisprudence aux nécessités sociales” (Tradução livre do autor do presente trabalho) (CUESTA, José Luis de la (Ed.). **Résolutions des Congrès de l’Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)**. Toulouse: Éditions Érès. 2009. p. 33.)

<sup>241</sup> A expressão difundiu-se com a obra (dentre outras) de: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010 [1986]. Mais recente: BECK, Ulrich. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: Adam B, Beck U, Loon J. (Orgs.). **The risk society and beyond: critical issues for social theory**. London (UK): Sage Publications, 2005. p. 211-229.

<sup>242</sup> De uma maneira simplificada, um bem é coletivo quando conceitualmente, fática ou juridicamente não for possível de divisão e outorga de maneira individual, ou seja, têm caráter não distributivo. Nesse sentido: ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Gedisa: Barcelona, 1994 [1992]. p.187.

<sup>243</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 27 e 126.

<sup>244</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001. p. 25-28.

<sup>245</sup> SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 127.

<sup>246</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 51.

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

92. Dado o carácter geral das leis, o seu texto pode não apresentar uma precisão absoluta. Uma das técnicas legislativas padrão de regulação é usar categorizações gerais em oposição a listas exaustivas. Por conseguinte, muitas leis são inevitavelmente redigidas em termos que, em maior ou menor medida, são vagas e cuja interpretação e aplicação dependem da prática (v. Acórdão Kokkinakis, já referido, § 40, e *Cantoni*, já referido, § 31). Por mais claramente redigida que possa ser uma disposição legal, em qualquer sistema jurídico, incluindo o direito penal, há um elemento inevitável de interpretação judicial. Haverá sempre uma necessidade de elucidação de pontos duvidosos e de adaptação a circunstâncias em mudança. Novamente, embora a certeza seja altamente desejável, ela pode trazer em seu caminho uma rigidez excessiva e a lei deve ser capaz de acompanhar as circunstâncias em mudança (ver *Kafkaris*, citado acima, § 141). (Tradução livre)<sup>247</sup>

Na legislação brasileira temos várias amostras disso, sendo uma delas os crimes de gestão temerária e gestão fraudulenta, previstos no artigo 4º da lei n. 7.492/86<sup>248</sup>. Trata-se de tipos penais marcadamente abertos, com redação vaga da descrição típica, o que tem levado a doutrina a apontar, em tom crítico, que, mesmo havendo uma impossibilidade de determinação total dos tipos penais, há a necessidade de alguma determinação, sob pena de violação do subprincípio da taxatividade, que ocorre no caso.<sup>249</sup>

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 262/2015 para definir os crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária de forma mais específica, alterando o artigo 4º da lei n. 7.492/86<sup>250</sup>. Na justificativa da proposta legislativa, explica-se que o intuito é esclarecer os conceitos por meio da lei.

<sup>247</sup> TEDH, *Del Rio Prada v. Spain*, decisão n.º. 42750/09: “92. It is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice (see *Kokkinakis*, cited above, § 40, and *Cantoni*, cited above, § 31). However clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, including criminal law, there is an inevitable element of judicial interpretation. There will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances (see *Kafkaris*, cited above, § 141).” (Tradução livre)

<sup>248</sup> Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. (BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2017.)

<sup>249</sup> Nesse sentido: CERVINI, Raúl. El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financeiro (art. 4.º de la Ley 7.492/86). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 164-178, maio 2004.

<sup>250</sup> Redação proposta: “Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira, utilizando-se de ardil para dissimular a natureza de um negócio ou operação financeira ou a situação contábil da instituição, com o fim de ludibriar autoridade monetária, autoridade fiscal, correntista, poupador ou investidor. Parágrafo único. Se a gestão é temerária, caracterizada pelo risco extremamente elevado e injustificado dos negócios e das operações financeiras.

Atualmente, a orientação dos Tribunais Superiores<sup>251</sup> é pela validade e possibilidade de aplicação dos tipos penais de gestão temerária e fraudulenta, não os entendo como violadores da taxatividade, entendimento esse que se explica frente à dificuldade do legislador prever de forma pormenorizada as condutas que se enquadrariam como temerárias e fraudulentas.

Ocorre que é preciso ter em mente que no direito penal, diferentemente de outros ramos do direito, como o direito econômico, por exemplo, uma maior abertura da legislação significa instabilidade e insegurança. Isso é uma preocupação em vários ordenamentos jurídicos, sendo que, em Portugal, a Lei n. 35/94, em seu artigo 2º, j, autorizou a revisão do Código Penal visando a:

[r]eduzir ao máximo o recurso aos conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, em certos tipos de crimes, designadamente os crimes contra o património, assim se procurando consagrar critérios de maior certeza na aplicação das penas e evitar indesejáveis divergências jurisprudências.<sup>252</sup>

Então, pergunta-se: é possível cumprir com o mandado de determinação imposto pela taxatividade penal frente a essa realidade de tipos abertos e polissemia dos signos linguísticos? Parece realmente que a taxatividade é muito mais um ideal regulativo ou uma utopia (ainda que útil) do que algo que se consiga atingir plenamente.<sup>253</sup>

Isso porque a linguagem cerrada, com a delimitação exata de todos os casos a que se destina, é algo impossível de ser atingido. Obviamente que ao legislador cabe traçar os limites semânticos mínimos, não podendo deixar a criação dos tipos penais unicamente (de forma absoluta) a cargo dos juízes (totalmente abertos).<sup>254</sup>

Parece mesmo que a taxatividade penal trabalha com um espectro de gradação entre determinação absoluta e indeterminação. A taxatividade vai exigir que as normas penais sejam suficientemente precisas, possibilitando o conhecimento do ilícito, mas a determinação absoluta é inatingível.

A Suprema Corte dos Estados Unidos entende que uma lei penal cumpre a exigência de

<sup>251</sup> Ilustrativamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.242.129/PR. Recorrente: Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 11 mar. 2014. DJe 27 mar. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.156/PE. Paciente: Carlos Alberto Didier Lyra. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 mar. 2007. DJe 24 maio 2007.

<sup>252</sup> BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 62.

<sup>253</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. Provocações sobre a interpretação das fontes do direito penal econômico. Entre a relatividade hermenêutica e o dogma constitucional da taxatividade. In: SILVA FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael. (Org.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71-135. p. 119.

<sup>254</sup> CRUZ, Flávio Antônio da. Provocações sobre a interpretação das fontes do direito penal econômico. Entre a relatividade hermenêutica e o dogma constitucional da taxatividade. In: SILVA FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael. (Org.). **Direito penal econômico**: questões atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71-135. p. 119.

determinação (“*not vague*”) quando ela proporciona advertência suficiente aos indivíduos a fim de que estes possam evitar o que está delimitado como proibido<sup>255</sup>. A justificativa para esse posicionamento é que a linguagem traz consigo uma certa indeterminação e a determinação *a priori*, como dito, é impossível.

Assim, a doutrina do “*void-for-vagueness*” (nulo por imprecisão), no âmbito penal, se desenvolveu no direito norte-americano e estipula que uma lei penal é nula se não for inteligível a uma pessoa comum. Essa doutrina é aplicável à definição da conduta criminosa, das penalidades impostas e dos autores do crime (“*perpetrators*”).<sup>256</sup>

O Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) e o Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) também exigem quanto à taxatividade que as leis sejam, ao menos, suficientemente determinadas. Nesse ponto, é necessário que o legislador defina os pressupostos de punibilidade de maneira precisa e que o alcance do tipo penal seja reconhecível para os destinatários.<sup>257</sup>

A grande questão é reconhecer que se trata de um tema altamente subjetivo, e, mesmo que com alguns parâmetros, a taxatividade não deixa de ser de difícil concretização. Obviamente que serve para indicar um caminho de definição legislativa dos tipos penais, entretanto, em termos de cognoscibilidade do direito, isso não é plenamente suficiente.

#### **4. A Segurança jurídica vista a partir de um conceito dinâmico de legalidade (õ*Law in Action*õ): Da necessidade de Precedentes vinculantes em matéria penal**

A segurança jurídica é uma norma-princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro<sup>258</sup>, mormente no âmbito do direito penal, e indispensável na configuração de um Estado que se pretenda como “Estado de Direito”, tendo em vista a necessidade de garantia de previsibilidade em relação às consequências dos atos praticados e a univocidade quanto à qualificação das situações jurídicas<sup>259</sup>.

<sup>255</sup> Rose vs. Locke, 423 U.S. 48, 50 (1975).

<sup>256</sup> HALLEVY, Gabriel. *A scientific treatise on one of the principle of legality in criminal law*. Heidelberg: Springer-Heidelberg, 2010. p. 139.

<sup>257</sup> KUHLEN, Lothar. *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 138-139.

<sup>258</sup> Prevista em vários artigos da Constituição de 1988, mormente no artigo 5º, que traz um direito geral à segurança (*caput*) e outras densificações (como o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, a legalidade, a irretroatividade...). Para um aprofundamento quanto à fundamentação constitucional (direta e indireta), ver: ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 207-262.

<sup>259</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Podivm, 2010. p. 211-226. p. 221-222.

Vista como princípio, a segurança jurídica determina a realização de um estado de coisas ideal (de cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito) cuja promoção gradual dependa de alguns comportamentos. Esses comportamentos podem ser determinados diretamente por meio da criação de regras abstratas ou concretas (decisões).<sup>260</sup>

A certeza do direito é um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, delineada na segurança de expectativas jurídicas e na garantia contra interferências arbitrárias por parte do Estado. As sociedades em que se têm certeza e segurança jurídicas permitem que os cidadãos vivam de maneira autônoma em um estado de confiança mútua.<sup>261</sup>

Assim, o cidadão deve poder ter confiança de que o Estado e os demais integrantes da sociedade se comportarão de acordo com a ordem jurídica e de que os órgãos Judiciários, em caso de desrespeito, farão valer o direito. Além disso, as pessoas necessitam ter razoável certeza a respeito dos padrões de conduta que devem adotar para pautarem suas vidas pelo respeito à ordem jurídica.<sup>262</sup>

A segurança jurídica serve como uma garantia de direitos, sobretudo dos direitos fundamentais, pois viabiliza, mediante a manutenção de certa estabilidade das relações jurídicas e da ordem jurídica, a elaboração e a realização de projetos de vida. Tem umbilical ligação com a dignidade da pessoa humana, já que esta depende de um mínimo de segurança, tranquilidade, confiabilidade nas instituições sociais e estatais (aqui incluso o Direito) e estabilidade das posições jurídicas.<sup>263</sup>

Basicamente, um conceito substancial de segurança jurídica deve trabalhar com alguns elementos fundamentais. Em primeiro lugar, exige que seja possível haver inteligibilidade acerca do ordenamento jurídico, ou seja, as normas devem ser orientadas para o usuário, contendo informações para que se saiba qual comportamento deve-se adotar (cognoscibilidade do conteúdo normativo).<sup>264</sup>

Em segundo lugar, demanda que o ordenamento jurídico seja confiável, através da imposição de que as regras e as decisões sejam (ao menos relativamente) constantes. Aqui a

<sup>260</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 199-200.

<sup>261</sup> MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p. 22.

<sup>262</sup> MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p. 22.

<sup>263</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 04, p. 318-365, jul-dez. 2004. p. 325-326.

<sup>264</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76, 104-141 e 268-269.

estabilidade exige que a “mudança seja estável”, ou seja, que o ordenamento jurídico proteja expectativas e garanta mudanças com racionalidade.<sup>265</sup>

Em terceiro lugar, o ideal de segurança jurídica reivindica que o direito seja calculável, o que se expressa pela possibilidade de previsibilidade do direito para o futuro, para que as pessoas possam antever as consequências de seus atos. Nesse ponto, é preciso que seja possível antecipar alternativas interpretativas e os possíveis efeitos das normas jurídicas.<sup>266</sup>

Por último, a concretização da segurança jurídica depende da possibilidade de efetividade normativa, ou seja, segurança de realização. O que significa que somente se pode considerar seguro um sistema jurídico que tem a capacidade de se impor caso seja violado ou ameaçado.<sup>267</sup>

No entanto, o estado de insegurança jurídica nos dias atuais é simplesmente enorme, pois, de um lado, tem-se um excesso de legislação, com uma profusão de leis em todos os âmbitos do direito e, de outro, por uma indefinição apriorística do conteúdo das normas.<sup>268</sup> Os ideais de previsibilidade e calculabilidade são solapados em um cenário de incerteza.

Assim, sem um ambiente jurídico seguro, é impossível que as pessoas façam as suas escolhas de vida de maneira juridicamente orientada (autodeterminação). Da mesma forma, torna-se difícil reconhecer qual é o Direito vigente, obstando, com isso, que ele possa ser aplicado de maneira uniforme para todos.<sup>269</sup>

As sociedades contemporâneas democráticas são caracterizadas por uma grande gama de interesses por vezes conflitantes, em razão de uma pluralidade de visões de mundo. E cada um dos grupos busca resguardar seus interesses no âmbito legislativo, o que traz complexidade quantitativa (número de leis editadas) e qualitativa (regulação de problemas complexos).<sup>270</sup>

De outro lado, o princípio da legalidade busca resguardar a certeza do direito, bem como, a partir daí, tornar efetivo o princípio da igualdade. Também visa permitir ao cidadão a possibilidade de se orientar autonomamente a partir da escolha das ações que vai praticar, pois,

---

<sup>265</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76-77, 142 e 269.

<sup>266</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 76-77, 143 e 270.

<sup>267</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

<sup>268</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55.

<sup>269</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

<sup>270</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 55-56.

desse modo, pode conhecer antecipadamente as eventuais consequências jurídico-penais de sua conduta<sup>271</sup>.

Entretanto, a certeza do direito por meio da legislação não se opera somente por meio da “*law in the books*”, isto é, a partir da lei considerada em si mesma. Deve, igualmente, ser visualizada com o referencial da “*law in action*”, que diz respeito ao direito em ação quando efetivamente aplicado, uma vez que há, normalmente, mais de um sentido interpretativo possível (“criatividade ou discricionariedade judicial”).<sup>272</sup>

Nessa perspectiva, a segurança jurídica não deve ser vista de forma absoluta, como um dever de buscar um ideal de previsibilidade total, assegurada por uma aplicação definitiva, e mecânica do direito. Deve, sim, ser pensada como um ideal de certeza relativa ou de calculabilidade em um alto grau, a partir de práticas argumentativas intersubjetivas.<sup>273</sup>

O direito penal tem como tarefa prover segurança jurídica, no sentido de proteger bens jurídicos (direitos) que asseguram a possibilidade de convivência social (coexistência) por meio de uma ordem coativa. Assim, a punição consiste em uma restrição de bens jurídicos do delinquente (como a liberdade e o patrimônio) para se garantir os bens jurídicos dos demais integrantes da sociedade.<sup>274</sup>

A coerção penal é o meio pelo qual o direito penal provê a segurança, sendo que a lei criminal é a que faz a relação entre a conduta e a pena<sup>275</sup>. Entretanto, a legalidade, repita-se, não deve ser considerada apenas de maneira estática ou formal (“*law in the books*”), mas sim a partir de sua aplicação prática (“*law in action*”).

A doutrina penal vinculada à tradição de *civil law* pouco se interessou pelo tema dos precedentes no processo penal, pois sempre se aferrou ao princípio da legalidade (“*law in the books*”), buscando rejeitar o poder criativo dos juízes. Entretanto, ao olhar para a realidade (“*law in action*”), percebe-se que, ao adscrever sentido aos textos, os juízes reconstruem a ordem jurídica, incrementando-a por meio de opções valorativas.

Veja-se o exemplo do descaminho e da aplicação da insignificância, que tem variado no decorrer do tempo no próprio STJ (ausência de vinculação horizontal) e no tocante aos

---

<sup>271</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. XIII.

<sup>272</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. 13-14.

<sup>273</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 135 e 140-141.

<sup>274</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 86-87.

<sup>275</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94.

Tribunais ordinários (vinculação vertical). Essa variação se dá com relação ao valor aplicado para descaracterizar o crime de descaminho, bem como da possibilidade aplicativa do referido princípio em face da eventual reiteração criminosa, pois não há parâmetro legal para tanto.

O princípio da insignificância constitui um instrumento interpretativo que pode ser utilizado pelo juiz que, em razão da desproporção entre o crime e a pena, afasta a tipicidade material. Destarte, em que pese formalmente típico, o fato não constitui lesão digna a ensejar a atuação do direito penal em virtude de não atentar contra o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.<sup>276</sup>

O Código Penal, quando tipifica o crime de descaminho, o faz nos seguintes termos: “Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.” (tipo básico). Como visto do próprio conceito de insignificância, a doutrina e os Tribunais em última instância é que vão acabar por definir seus contornos.

Atualmente, há um contraste jurisprudencial sincrônico sobre esse tema, mormente entre as Cortes Supremas. Quanto ao valor que serve de parâmetro para aplicação da insignificância no crime de descaminho, o STJ vem entendendo, inclusive em recurso especial repetitivo, que é aplicável o montante de R\$ 10 mil de tributos iludidos, em razão desse ser o valor estabelecido pelo artigo 20 da Lei n. 10.522/02 como possível de proceder-se o arquivamento da execução fiscal.<sup>277</sup>

Mesmo sendo de competência do STJ a definição do sentido da legislação penal e a estipulação dos contornos do princípio da insignificância, o Supremo Tribunal Federal entende de modo diferente. O STF tem entendimento de que o parâmetro para aplicação da insignificância é de R\$ 20 mil de tributos iludidos, em face de ser esse o valor estabelecido pelas portarias 75 e 130 de 2012, que atualizaram a Lei n. 10.522/02, como possível de proceder-se o arquivamento da execução fiscal.<sup>278</sup>

Com relação à possibilidade ou não de aplicação do princípio da insignificância nos

<sup>276</sup> QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 88.

<sup>277</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.112.748/TO. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eronildes Gomes de Souza. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 09 set. 2009. DJ 13 out. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.230.325/RS. Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Jeferson Concer e outros. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, 22 abr. 2015. DJe 05 maio 2015.

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 121.717/PR. Paciente: Ocalina Lara de Deus. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 03 jun. 2014. DJe 29 set. 2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 131.057. Paciente: Rosângela Maria Loch. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 set. 2016. DJe 23 nov. 2016.

casos de reiteração da conduta criminosa, o STJ<sup>279</sup> e o STF<sup>280</sup> têm posicionamento similar, no sentido da inaplicabilidade, em virtude da configuração de habitualidade delitiva. Contudo, o TRF da 4ª Região, por exemplo, entende que a reiteração da conduta não é óbice para que se aplique o princípio da insignificância, pois deve ser analisado o fato em si, de modo objetivo (e não aspectos subjetivos).<sup>281</sup>

A aplicação do direito de maneira díspar, tratando casos similares de forma diferente (mercadorias lícitas oriundas do exterior sem o pagamento dos impostos devidos, com ou sem reiteração do fato/habitualidade), gera a perda de confiança no sistema jurídico, bem como nas próprias Instituições estatais. Notadamente, pode levar a um sentimento de descrédito em relação ao Poder Judiciário, contribuindo para a perda da sua legitimidade perante a sociedade civil, sendo necessária uma mudança cultural.<sup>282</sup>

A relação da segurança jurídica com a liberdade é óbvia, tendo em vista que, a partir de um ordenamento jurídico seguro, pode-se planejar o futuro de acordo com as escolhas feitas e agir em conformidade com o direito. Isso é ainda mais agudo no âmbito criminal, porque a consequência do direito penal é o cerceamento da liberdade e dos bens das pessoas.

A necessidade de segurança jurídica faz-se presente seja com relação à legislação, seja no tocante às decisões judiciais, que têm o dever de respeitar a previsibilidade e a estabilidade, para que o direito possa ser calculável. Nesse sentido, com a superação dos mitos de que o juiz é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei e de que a legislação tem todas as respostas para os problemas jurídicos, há o reconhecimento da possibilidade de respostas diversas por parte do Judiciário.

Portanto, percebe-se que a segurança jurídica passa a exigir que o sistema jurídico deve buscar soluções para viabilizar a previsibilidade *in concreto* e a estabilidade<sup>283</sup>. A teoria dos precedentes vinculantes surge dessa imposição, mostrando-se como um instrumento (meio), a

---

<sup>279</sup> Por exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.592.146/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Rogério Freitag. Relator: Min. Jorge Mussi, Brasília, 20 out. 2016. DJe 26 out. 2016.

<sup>280</sup> Por exemplo: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 122.348/RS. Paciente: Kiriakos Nicolapólus de Quadros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 09 nov. 2016. DJe 22 nov. 2016.

<sup>281</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Conflito de Jurisdição n. 5032605-03.2016.404.0000/PR. Suscitante: Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Maringá. Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Passo Fundo. Relator: Des. Guilherme Beltrami. Porto Alegre, 29 set. 2016. DJe 03 out. 2016; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 5000128-43.2011.404.7002/PR. Embargante: Sonia Maria da Silva. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre, 07 jul. 2016. DJe 11 jul. 2016.

<sup>282</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. 10-11.

<sup>283</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 98-107.

fim de densificar a segurança jurídica e aumentar a previsibilidade normativa, como será visto na próxima parte da pesquisa.

Desse modo, a segurança da univocidade de sentido é substituída pela segurança “de consistência”, que possui um sentido dinâmico. Exige-se a aplicação uniforme das normas e o tratamento uniforme diante das decisões judiciais (sendo que os casos similares devem ser tratados de maneira igual), permitindo ao cidadão conhecer as consequências dos seus atos e, com isso, antecipar-se às consequências jurídicas de suas ações<sup>284</sup>.

## 5. A justificação interna e externa, a coerência e a universalização como fontes de racionalização da atividade interpretativa

Como vimos, o objetivismo do direito exclusivamente pela lei e através sua aplicação lógica substantiva, que foram uma marca a partir dos oitocentos<sup>285</sup>, não mais pode ser aceito. Desde o reconhecimento do caráter argumentativo<sup>286</sup> do direito e da notória insuficiência da concepção iluminista<sup>287</sup>, a justificação judicial (discurso justificativo) ganha um papel de proeminência na busca por racionalidade e objetividade (teoria da argumentação jurídica)<sup>288</sup>.

Essa centralidade da argumentação jurídica deve-se a uma mudança em termos teóricos e práticos. De um ponto de vista teórico, com a instituição de modelos de estado pautados pela Constituição, passa-se a exigir que o exercício do poder seja devidamente fundamentado (não bastando a referência à autoridade), ou melhor, a fonte de legitimidade (do Poder Judiciário, em especial) passa a ser o discurso racional justificado.<sup>289</sup>

Além disso, o direito hoje não pode ser visto somente sob uma perspectiva formal (formalista). Não é possível simplificar as operações de interpretação e aplicação do direito em termos mecânicos de pura dedução silogística (*modus ponens*), o que faria com que a teoria da

<sup>284</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 354-355; ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 60.

<sup>285</sup> ENGLISH, Karl [1899-1990]. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 [1956]. p. 206.

<sup>286</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2000. p. 17.

<sup>287</sup> Nesse ponto há uma contribuição de diversos autores, que foram precursores modernos da teoria da argumentação, dentre eles: PERELMAN, Chaim [1912-1984]; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1958] e; VIEHWEG, Theodor [1907-1988]. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008 [1954].

<sup>288</sup> ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 13-14.

<sup>289</sup> ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 15-19.

argumentação jurídica fosse desnecessária.<sup>290</sup>

É preciso deixar claro que a lei penal, por si só, não basta para vincular o juiz a uma única interpretação. O princípio da determinabilidade/taxatividade da legislação criminal deve ser buscado na prática (“*law in action*”) por meio de critérios que permitam o controle racional da decisão.<sup>291</sup>

Sob o ponto de vista prático, percebe-se por meio da análise do cotidiano forense que a argumentação assumiu uma função essencial, sobretudo a partir do reconhecimento do contraditório como um dos princípios estruturantes dos sistemas processuais<sup>292</sup>. A atuação discursiva das partes e do juiz ganha um papel de destaque.<sup>293</sup>

O discurso jurídico desenvolve-se sob determinadas condições que o limitam, desinentes da sua vinculação aos textos legislativos, à dogmática jurídica e aos precedentes judiciais. A racionalidade contemporânea do discurso jurisdicional vai tratar, rigorosamente, da justificação das proposições normativas no âmbito do ordenamento jurídico vigente (fundamentação racional do discurso).<sup>294</sup>

Isso ocorre, como vimos, porque a atividade interpretativa constitui-se em uma outorga reconstrutiva de sentido a textos e elementos não textuais<sup>295</sup>. O resultado da interpretação não se dá meramente por meio de uma atividade lógico-dedutiva, mas, sim, através de individualizações de sentido possíveis, valorações e decisões entre os significados concorrentes que devem ser atribuídos aos enunciados linguísticos.<sup>296</sup>

A sentença é o ato no qual juiz interpreta e aplica o direito no processo judicial, fazendo escolhas interpretativas de maneira fundamentada. É a partir do contexto de justificação<sup>297</sup>

<sup>290</sup> ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 26-27.

<sup>291</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007[1999]. p. 114.

<sup>292</sup> Já apontava Fazzalari que “(...) [c]olhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um processo ao qual, além do autor do ato final, participam em contraditório, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.” *In*: FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006 [1975]. p. 33.

<sup>293</sup> ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 15-16.

<sup>294</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1978]. p. 205-206 e 213.

<sup>295</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 51.

<sup>296</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 95.

<sup>297</sup> Para uma diferenciação entre contexto de justificação (processo de prolação de razões em favor da decisão-raciocínio justificativo) e contexto de decisão (processo de decisão em si – raciocínio decisório), ver: WASSERSTROM, Richard A. **The Judicial Decision**: Toward a Theory of Legal Justification. Stanford: Stanford University Press, 1961. p. 27 e ss. (O referido autor fala em “process of discovery” e “process of justification”); TARUFFO, Michele. Introdução à Edição Brasileira, in: TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, pp. 11-26, 2015 [1975]. p. 16-19.

apresentado, quer dizer, das razões justificadoras da decisão que será possível controlá-la intersubjetivamente.<sup>298</sup>

É preciso, então, criar condições para que se saiba por qual razão opta-se por uma determinada alternativa interpretativa, bem como sejam conhecidos os critérios aptos para valorar as decisões interpretativas de acordo com a ordem jurídica<sup>299</sup>. Isso pois é, no âmbito da interpretação, que se reduz a indeterminação do direito<sup>300</sup>, sendo um verdadeiro “banco de prova” para o jurista<sup>301</sup>.

O processo interpretativo finda-se com a afirmação de um resultado normativo, sendo fruto de um processo lógico-argumentativo que se materializa na fundamentação da decisão judicial. A justificação, como apontado, vai ser o meio pelo qual se poderá aferir a racionalidade da atividade interpretativa e o seu resultado.<sup>302</sup>

Então, a atividade interpretativa vai ser considerada racional se apresentar justificativa interna e externa, e o resultado da interpretação será igualmente racional se for universal e coerente. Ademais, tendo em vista que a atividade interpretativa é construída de forma lógico-argumentativa, a justificação deve cobrir essas duas linhas que orientam o raciocínio jurídico, daí o motivo de se falar em justificação interna e externa.<sup>303304</sup>

A justificação de uma decisão judicial é um meio de demonstração da racionalidade e também funciona como uma possibilidade de controle da sua correção. O iter justificativo perfectibiliza-se com a apresentação de argumentos que suportem a decisão, pautados por regras que guiam o raciocínio exposto na fundamentação.<sup>305</sup>

Uma decisão apresenta justificação interna sempre que o dispositivo decorrer logicamente da fundamentação (coerência lógica) e que esta contemple os fundamentos essenciais arguidos pelas partes (completude)<sup>306</sup>. Trata-se de uma justificação meramente

<sup>298</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 411-412.

<sup>299</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001. p. 165.

<sup>300</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

<sup>301</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 9.

<sup>302</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 95-96.

<sup>303</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61.

<sup>304</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy [1926-1990]. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992. p. 209 e ss.

<sup>305</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy [1926-1990]. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992. p. 209.

<sup>306</sup> A necessidade de análise dos fundamentos trazidos pelas partes se dá em razão da nova roupagem do princípio do contraditório, que deixa de ser meramente formal (*audiatur et altera pars*) e limitado apenas aos fatos, passando também a incluir o direito de influência das partes, com o consequente dever de debate do juiz. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 61. No ponto,

formal (baseada na racionalidade formal ou no logicismo).<sup>307</sup>

Portanto, neste primeiro nível justificativo, é necessário que a conclusão da decisão seja dedutível das premissas explícitas ou implícitas (omitidas em razão de economia na sua redação) na sentença. Essa condição de justificação formal é tributária à ideia básica ocidental de racionalidade (forma mais comum), que responde à necessidade de não contradição no discurso jurídico.<sup>308309</sup>

Aqui basta que não exista incompatibilidade entre os diversos enunciados constantes na decisão. Em outras palavras, é possível dizer que o esquema justificativo será idôneo para fundamentar a conclusão sempre que os seus elementos não estejam em contradição com outras afirmações do discurso decisório.<sup>310</sup>

Já a justificação externa é complementar, trabalhando em segundo nível de justificação, já que esta vai ocorrer quando as premissas adotadas na decisão (premissas da justificação interna) forem adequadas. Assim, a justificação material ou substancial responde à necessidade de adoção de razões suficientes para a tomada de decisão, envolvendo o exame das normas e dos fatos (implicação recíproca).<sup>311</sup>

Na justificação externa (normativa e probatória) é que a argumentação vai atuar no processo interpretativo, no qual o intérprete individualiza, faz valorações e decide de maneira não dedutiva. Nesse ponto, entram em consideração as normas jurídicas em geral, as normas sobre interpretação, as normas de preferência argumentativa e as construções doutrinárias empregadas na decisão, ou seja, o material que se encontra à disposição do intérprete para realização do processo interpretativo.<sup>312</sup>

A justificação é externa, porque se relaciona apenas de forma indireta com a motivação das decisões judiciais (parâmetro exterior/de fora), refletindo a influência do princípio de razão suficiente<sup>313</sup>. É aqui que vão ser analisados o peso e a importância dos argumentos utilizados para decidir por uma determinada interpretação jurídica frente a outra<sup>314</sup>.

---

ver também: CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Organizadores: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011.

<sup>307</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 14.

<sup>308</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 14.

<sup>309</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy [1926-1990]. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992. p. 211-212.

<sup>310</sup> TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015 [1975]. p. 237-241.

<sup>311</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 62.

<sup>312</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 62; CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 14-15.

<sup>313</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 14-15.

<sup>314</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**,

O uso dos precedentes constitui a aplicação da norma que é extraída de uma decisão (ou decisões) da qual é oriundo (*ratio decidendi*). Desse modo, os precedentes, constituem uma regra de justificação externa da decisão, tendo em vista que fornecem critérios de correção das premissas, pois, em uma dinâmica argumentativa, essas não são dadas aprioristicamente, mas sim construídas.<sup>315</sup>

Há, como veremos detalhadamente, a possibilidade de distinção (interpretação restrita da norma considerada a partir da perspectiva do precedente, por exemplo, mediante a introdução de uma característica no suporte fático não existente no caso precedente) e superação (rejeição do precedente). Ademais, como um dos fundamentos básicos do uso dos precedentes é dado pelo princípio da universalidade, que exige tratamento igual para situações similares (base da atuação da analogia), a correta operação da técnica da distinção é fundamental.<sup>316</sup>

Igualmente, caracterizam um limite à alteração dos argumentos, de maneira a promover a distribuição da carga argumentativa entre o responsável por elaborar o precedente e quem dele pretende se afastar, ficando este com o ônus de fundamentar a decisão de utilizar argumentos diversos dos utilizados no precedente. A regra, portanto, é a vinculação ao precedente, salvo razões suficientes para dele se afastar (superação ou distinção).<sup>317</sup>

O processo de argumentação é que fornece as justificativas para as escolhas ligadas às premissas do raciocínio Judiciário, o qual deve ser orientado por códigos interpretativos (ou hermenêuticos), que fornecerão diretrizes para a interpretação. As diretrizes argumentativas são sinônimos de “cânone interpretativo ou hermenêutico”, “princípios de interpretação”, “técnicas interpretativas”, “argumentos interpretativos”, entre outros.<sup>318</sup>

A estrutura do código interpretativo é configurada como uma estrutura gradual, composta por níveis diferentes de diretivas interpretativas<sup>319</sup>. Estas se dividem, basicamente, em diretrizes primárias<sup>320</sup> (que servem para a atribuição de significado a enunciados textuais, como, por exemplo, as diretrizes para a interpretação linguística), secundárias<sup>321</sup> (que servem para a disciplina e valoração das diretrizes primárias – diretrizes seletivas e procedimentais – ex.: Diretrizes preferenciais – prevalência *prima facie* do argumento linguístico, sistemático e

---

São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001. p. 164-165.

<sup>315</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1978]. p. 264-265.

<sup>316</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1978]. p. 265 e 268-269.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1978]. p. 262-265.

<sup>318</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 78-80.

<sup>319</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 80-81.

<sup>320</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 80-100.

<sup>321</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 100-116.

teleológico, nessa ordem) e terciárias<sup>322</sup> (que servem para outorgar uma direção ao processo interpretativo como um todo).<sup>323</sup>

De maneira muito resumida, pode-se defender que no processo de interpretação jurídica o argumento literal e o sistemático (argumentos imanentes ao sistema) devem prevalecer sobre os argumentos genéticos e históricos (argumentos transcendentais). Na justificação com base nos argumentos imanentes deve ser preferido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais.<sup>324</sup>

Quanto ao resultado da interpretação, este deve ser universalizável, podendo ser replicado para casos futuros idênticos ou semelhantes. Logo, deve ser idôneo para servir como precedente, demonstrando a objetividade e a imparcialidade na interpretação, o que decorre do caráter lógico argumentativo do direito.<sup>325</sup>

Por último, o produto da interpretação deve ser coerente, sendo capaz de ser reconduzido a um conjunto internamente consistente ou não contraditório (formal e materialmente) de princípios e regras ligadas por princípios fundamentais comuns. Trata-se de coerência normativa (justificação da decisão com base no ordenamento jurídico) e narrativa (justificação do raciocínio probatório).<sup>326</sup>

Assim, o padrão de correção da interpretação é assegurado pela racionalidade da atividade de justificação, e pela capacidade de universalização e coerência de seu resultado<sup>327</sup>. Isso, certamente, serve para demonstrar a complexidade e a importância de conhecermos a teoria da argumentação.

É interessante notar, ainda, que, quanto maior a abertura semântica do dispositivo em pauta, maior deverá ser o ônus de justificação para a sua aplicação<sup>328</sup>. Essa questão tem especial importância no âmbito penal quando tratamos de tipos penais redigidos a partir da técnica legislativa aberta.

Dito isso, é imprescindível referir, por fim, que, mesmo com esse “mapa” procedimental

<sup>322</sup> CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 116-123.

<sup>323</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 63.

<sup>324</sup> ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001. p. 180-181.

<sup>325</sup> MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p. 129-133.

<sup>326</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 64; MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p. 247-249.

<sup>327</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

<sup>328</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 62.

da justificação das decisões judiciais (busca demonstrar a sua correção<sup>329</sup>), não existe uma única resposta correta para cada caso. É possível admitir uma gama de possibilidades de decisões diversas para um determinado caso, sendo factível, apenas, atingir a melhor justificação possível e, principalmente, garantir a unidade do direito a partir da vinculação aos precedentes oriundos das Cortes Supremas.

---

<sup>329</sup> MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p.129.

## **PARTE II ó SISTEMA JURÍDICO-PENAL E PRECEDENTES VINCULANTES: BASES PARA OPERACIONALIZAÇÃO PRÁTICA**

Devidamente compreendida a necessidade de criação de mecanismos de complementação do princípio da legalidade a fim de limitar o poder punitivo, garantindo segurança jurídica, e a estipulação da vinculação aos precedentes como um deles, agora é preciso analisar como o sistema de precedentes penais funciona na prática. Além disso, a investigação analítica de conceitos correlatos é indispensável.

### **A. DELINEAMENTO CONCEITUAL PARA UM SISTEMA DE PRECEDENTES NO ÂMBITO PENAL**

#### **1. Jurisprudência, súmulas, decisão judicial e precedentes: Distinções estruturais**

A fim de que se possa, efetivamente, operar com qualidade um sistema de precedentes, é necessário ter clareza acerca de algumas definições que são centrais para esse objetivo. Pretende-se, aqui, responder o que é, como se formam, de onde emanam e no que se diferenciam a jurisprudência, as súmulas (inclusive as vinculantes), a decisão judicial e, principalmente, os precedentes.

A questão da vinculação ao direito no Brasil (em todos os ramos) sempre foi ligada tão somente à lei, buscando-se desenvolver o princípio da legalidade e seu conteúdo analiticamente, fato que ocorreu com particular intensidade no campo penal. Entretanto, com a superação do cognitivismo interpretativo e o reconhecimento de que o juiz coopera com o legislador na espreitada normativa, é necessário que se repense o sistema jurídico em sua estrutura, inclusive os conceitos e a função dos instrumentos que servirão para auxiliar na tarefa normativa.<sup>330</sup>

De início, é preciso referir que as súmulas foram originariamente criadas como instrumentos para facilitar a tarefa de controle exercida inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal (e depois da Constituição de 1988 também pelo STJ), tendo similaridades com os assentos portugueses<sup>331</sup> e com as máximas italianas<sup>332</sup>. Elas foram criadas em 1963, por meio

<sup>330</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 82-83.

<sup>331</sup> Para um aprofundamento em tom de crítica, ver: CASTANHEIRA NEVES, António Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

<sup>332</sup> Nesse ponto, para um rápido panorama, ver: LA TORRE, Massimo; TARUFFO, Michele. *Precedent in Italy*. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents**: a comparative study. Brookfield: Ashgate Publishing, 1997. p. 141-188. p. 148-151.

de uma emenda ao regimento do STF, sendo concebidas como enunciados gerais e abstratos que visavam a informar os ministros acerca da orientação da Corte sobre uma dada questão (funcionavam como uma forma de organização, como um “método de trabalho”).<sup>333</sup>

O nascimento das súmulas deu-se em razão da necessidade dos próprios julgadores da Corte Constitucional informarem-se de maneira expedita e confiável das matérias em que já havia um entendimento consolidado. Ademais, serviam para dirimir dúvidas acerca do conteúdo do texto legal, com a definição do seu significado por meio da palavra final do Supremo Tribunal Federal.<sup>334</sup>

A súmula funcionava, então, como um instrumento que simplificava o trabalho da Corte Suprema e da justiça em geral. Originalmente, entendia-se que a súmula não deveria ser interpretada, pois esta já seria o próprio resultado da interpretação da lei, e, para tanto, deveria ser redigida de forma clara, sem qualquer dubiedade, caso contrário, necessitaria ser cancelada.<sup>335</sup>

Com o avançar da sua utilização, as súmulas passaram a ser percebidas como um resumo de uma tendência jurisprudencial em determinada matéria (jurisprudência predominante). Elas eram forjadas da repetição de julgamentos que estipulavam a interpretação de uma norma ou matéria em um dado sentido, não tendo, inicialmente, caráter vinculante.<sup>336</sup>

Em sintonia com a função recursal, as súmulas passaram a contar com um traço repressivo, qual seja, de compor a divergência ou controlar a errônea aplicação do direito. Assim, quando interposto o recurso ou invocada a súmula a fim de que a divergência fosse composta ou que fosse corrigida a aplicação da lei, estas já teriam ocorrido, sendo bastante um sistema repressivo para promover a uniformidade do direito, na medida em que o parâmetro de correção seria a lei, a qual ensejaria apenas uma atividade de declaração corretiva pelo órgão Judiciário superior.<sup>337</sup>

Desde 1963, ano de criação das súmulas, até hoje, houve uma evolução nas funções atribuídas a elas. Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, houve a criação das súmulas vinculantes e as súmulas passaram, de modo mais claro, a ter a função de determinação do

---

<sup>333</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

<sup>334</sup> LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015. p. 14-18.

<sup>335</sup> LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015. p. 10-11.

<sup>336</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan. /mar. 1997. p. 52-55.

<sup>337</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 72.

conteúdo das decisões, adquirindo um aspecto preventivo de evitar julgamentos em desconformidade com a posição já definida pelo Supremo Tribunal, tendo em vista o reconhecimento que decidir passa a ser visto com um ato valorativo que implica escolhas (algum grau de discricionariedade).<sup>338</sup>

Desse modo, percebe-se que as súmulas não têm preocupação propriamente com os fundamentos do julgamento, mas sim expressar em um enunciado o resultado da interpretação realizada pela Corte, não fornecendo as razões da decisão. A súmula deriva do julgamento de casos idênticos e não de fundamentos iguais, sendo difícil pensar em uma súmula que contenha os fundamentos da decisão (que seria na verdade um arrazoado)<sup>339</sup>.

Além disso, as súmulas continham o problema de não se vincularem aos fatos, o que era uma dificuldade, pois, à luz de uma teoria dos precedentes, as circunstâncias fáticas (fatos relevantes ou materiais) são indispensáveis para a avaliação acerca de sua aplicação aos casos futuros.

Entretanto, o CPC buscou ressignificar o conceito de súmula, reconhecendo-as como guias de interpretação do direito (artigo 927, II e IV<sup>340</sup>), exigindo a sua vinculação com as circunstâncias fáticas dos casos (artigo 926, § 2º<sup>341</sup>). Isso, por certo, pode aproximá-las da lógica dos precedentes<sup>342</sup>.

Já os precedentes não são a mesma coisa que a decisão judicial, eles são razões generalizáveis extraídas a partir de decisões judiciais. Portanto, pode-se dizer que o precedente tem a sua formação a partir da decisão judicial, colaborando para a determinação do direito e com a sua previsibilidade, firmando-se como um guia de orientação para a sociedade.<sup>343</sup>

Sob o ponto de vista analítico, os precedentes consubstanciam-se em razões jurídicas suficientes e generalizáveis (aspecto qualitativo) oriundas da fundamentação das decisões do

<sup>338</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73-74.

<sup>339</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

<sup>340</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

II - os enunciados de súmula vinculante; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

<sup>341</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. (...)

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

<sup>342</sup> Criticando esse ponto, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287: “(...) essa norma nada mais é do que uma curiosa admissão de que as súmulas são critérios do passado, enquanto o que atualmente importa são os precedentes das Cortes Supremas. Ora, se é preciso analisar os precedentes, não há motivo para pensar em súmula, a não ser que se esteja ainda a confundir precedente e mera decisão judicial.”

<sup>343</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89-90 ; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 157.

STJ e do STF (aspecto funcional), extraídos de uma ou mais decisões. Além disso, eles operam no contexto dos casos, sendo, assim, contextualizados a partir dos fatos (aspecto material).<sup>344</sup>

Assim, o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão no caso subsequente em função da identidade, ou melhor, da similitude entre os fatos do primeiro caso e do segundo. O raciocínio que aplica precedentes, portanto, leva em conta a análise fática dos casos e, a partir daí, aplica-se a *ratio decidendi* extraída do primeiro caso.<sup>345</sup>

De uma perspectiva mais ampla, pode-se dizer que o precedente é uma norma com um nível menor de generalidade se comparado com a legislação. Isso porque se trata de uma norma especificada e balizada pelos fatos de um caso concreto, ou seja, tem um nível de densificação maior que a lei.<sup>346347</sup>

Já sob um ponto de vista mais geral e ordinário, o precedente pode ser visto como um acontecimento anterior que guia decisões posteriores que versem sobre circunstâncias similares. Essa lógica faz parte da nossa vida todo o tempo, mas em termos de precedentes jurídicos há a peculiaridade da vinculação obrigatória.<sup>348</sup>

Ainda, é indispensável, para que se fale em precedente, que a decisão do recurso que o forma seja decidido ao menos por maioria de votos (ou unanimidade) acerca da questão de direito. A solução da questão de direito deve ser decidida com fundamentos compartilhados pela maioria de um colegiado de Corte Suprema.<sup>349</sup>

Quanto a esse ponto, Marinoni esclarece:

Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração do precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou reafirmar precedente. (...) Nessa dimensão, é possível dizer que precedente é a primeira decisão que, ao menos por maioria, decide a questão de direito ou é a decisão que, igualmente ao menos por maioria, definitivamente delinea, deixando-a cristalina.<sup>350</sup>

<sup>344</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 90-92.

<sup>345</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 712.

<sup>346</sup> VANDELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**. Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 39.

<sup>347</sup> Não se trata, portanto, de uma substituição ou prevalência do precedente frente a lei como critica: STRECK, Lenio. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Senso Incomum, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 03 mar. 2017.

<sup>348</sup> GARNER, Bryan A., et al. **The Law of Judicial Precedent**. St. Paul: Thomson Reuters, 2016. p. 22.

<sup>349</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 90.

<sup>350</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.

De outro lado, a jurisprudência é o conjunto de decisões reiteradas<sup>351352</sup> proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça a respeito de um conjunto de casos, podendo ter força vinculante ou não. A diferença para os precedentes é que estes se consubstanciam na última palavra no âmbito do Poder Judiciário.<sup>353</sup>

A noção de precedentes está ligada à última palavra, pois é somente a partir de uma decisão estável que se pode orientar a conduta das pessoas na sociedade. Os tribunais inferiores institucionalmente (TJ's e TRF's) têm atribuição precípua de decidir o caso concreto e não de definirem o significado do direito, suas decisões não servem para pautar condutas (sob uma perspectiva geral) e, por essa razão, não podem ser vistos como cortes de precedentes<sup>354.355</sup>

Ainda, é preciso referir que, nessas Cortes, há ampla possibilidade de discussão da causa em todos os seus aspectos fático-probatórios e jurídicos. O reexame da causa é possível de ser feito de maneira total, sendo a apelação o recurso por excelência (devolutividade potencialmente plena).<sup>356</sup>

Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais são Cortes de Justiça, que exercem um controle retrospectivo sobre as causas julgadas pelos juízes de primeiro grau (*error in iudicando e error in procedendo*) e servem para uniformizar a jurisprudência. Como órgãos jurisdicionais ordinários, devem estar preocupadas em proferir uma decisão justa e, quando for o caso, executá-la.<sup>357</sup>

Isso não quer dizer que os juízes e desembargadores estão proibidos de interpretar o direito. Obviamente que seria absurdo defender essa ideia, o que é preciso deixar assente é que,

---

158-159.

<sup>351</sup> Excepcionalmente, no caso de julgamento do IRDR e IAC não haverá reiteração (basta um único julgamento), fazendo com que o conceito de jurisprudência seja estendido.

<sup>352</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 74.

<sup>353</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 88 e 94.

<sup>354</sup> Não fazendo essa diferenciação: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 175-178.

<sup>355</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 228.

<sup>356</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 223.

<sup>357</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 75-78.

diferentemente das Cortes Supremas, eles interpretam o direito com a finalidade de decidir o caso penal, sendo a atividade interpretativa um meio para tanto e não um fim.<sup>358359</sup>

Mesmo porque a aplicação de precedentes depende de interpretação, ocorrendo, basicamente, por meio da analogia feita pelo segundo juiz entre os fatos do caso e os fatos do caso(s) já decidido(s), pois somente assim é que o magistrado vai conseguir aplicar a *ratio decidendi* aos casos similares. Daí também chama atenção a importância da análise dos fatos quando se trabalha com precedentes.<sup>360</sup>

A eficácia vinculante dos precedentes no Brasil (vertical e horizontal) advém da necessidade de densificação da segurança jurídica, tendo em vista o papel adscritivo da interpretação do direito, pois, hoje, já não é mais possível falar-se em um juiz “boca da lei” que realiza um trabalho autômato, mas, sim, que tem um papel em alguma medida criativo.<sup>361</sup>

Por essa razão, a vinculação do precedente não depende de uma manifestação expressa de texto legislativo e não se limita às hipóteses legais, como quer o artigo 927 do CPC. A recusa à aplicação do precedente é uma recusa à própria vinculação ao Direito, desse modo, inadmissível.<sup>362</sup>

## 2. As diferentes funções dos Tribunais: Cortes Supremas (de interpretação/unidade/precedentes) e Cortes de Justiça (de controle/uniformização/jurisprudência)

É claro que discorrer sobre as funções das Cortes Supremas de maneira homogênea não é uma tarefa simples, porque essas cortes têm funções muito variadas (que vão da aplicação de direitos fundamentais até decisões acerca de conflito entre Poderes). Além disso, há diferenças

---

<sup>358</sup> Criticando o ponto, mas desconsiderando essa especificação: STRECK, Lenio Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Senso Incomum, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 03 mar. 2017. *In verbis*: “Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam), quer-se, aqui, a institucionalização de um realismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e função.”.

<sup>359</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 77.

<sup>360</sup> TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 131.

<sup>361</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81-82 e 92.

<sup>362</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 93-94.

muito marcantes em relação à estruturação, forma de composição e de funcionamento.<sup>363</sup>

Entretanto, a correta compreensão da função das Cortes de Vértice é indispensável para o bom funcionamento do sistema de justiça, a fim de que se garanta efetivamente o direito ao justo processo e a preservação da racionalidade do sistema. Assim, a partir das mudanças na teoria do direito que já foram exploradas, principalmente em relação à alteração do que se compreende por interpretação do direito, devemos ter claro que as altas cortes devem assumir outra função no direito brasileiro.<sup>364</sup>

Inicialmente, pode-se dizer que existem dois grandes modelos que são opostos: de um lado, a compreensão das Cortes de Vértice como Cortes Supremas e, de outro, como Cortes Superiores. Os pressupostos teóricos que estão por trás da construção da estrutura destas alternativas são distintos e estão ligados a diferentes concepções dentro da teoria do direito.<sup>365</sup>

As Cortes Superiores estão ligadas à ideia cognitivista ou formalista da interpretação do direito, servindo como cortes de controle de legalidade das decisões recorridas (propriamente de cassação) e de tutela do legislador, sendo a jurisprudência apenas uma fonte para verificar a correção da atuação das demais instâncias judiciárias inferiores (corte de censura da magistratura ordinária). A atividade judicante é marcadamente reativa, pois trabalha com o passado.<sup>366</sup>

Essas Cortes Superiores têm pouca margem com relação à elaboração de sua agenda (autogoverno), pois os recursos a elas dirigidos se fundam no *jus litigatoris* (direito subjetivo do litigante). O pressuposto teórico que guia o funcionamento desses tribunais é que a interpretação jurídica é apenas um meio para que se possa controlar o acerto ou erro das decisões advindas de instâncias inferiores, sendo a uniformização da jurisprudência meramente instrumental.<sup>367</sup>

Tradicionalmente, as Cortes de cassação (tal qual a italiana, por exemplo) são mais aproximadas ao formato de Cortes Superiores, limitando-se o julgador a dar a correta interpretação da legislação (função de controle, nomofilaquia).<sup>368</sup> O controle de legitimidade

---

<sup>363</sup> TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 117-118.

<sup>364</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17-18.

<sup>365</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17 e 36-37.

<sup>366</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17 e 43-50.

<sup>367</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17 e 57-58.

<sup>368</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 24-35.

da decisão *a quo* ocorre em cada caso levado a sua jurisdição, ou seja, a correta aplicação da lei é analisada casuisticamente.<sup>369</sup>

A tarefa da Corte Superior pressupõe a existência de uma violação ao direito que já ocorreu, cabendo-lhe sancioná-lo e, se possível, neutralizá-lo ou corrigi-lo a partir da cassação ou reforma da decisão. Calamandrei já referia que a Corte de Cassação tinha a função de controle e defesa do direito objetivo, permitindo o conhecimento do exato sentido da lei<sup>370</sup>.<sup>371</sup>

Nesse sentido, há quem sustente que o RE e o REsp servem para a tutelar o direito objetivo, em um verdadeiro contencioso (controle) de legalidade para preservar o ordenamento jurídico-constitucional e federal.<sup>372</sup> Essa é uma visão reativa da jurisdição, que tem atuação quando ocorre uma violação do direito.

Por isso, sedimentou-se que não há reavaliação de provas no âmbito extraordinário, mas tão somente a verificação se os juízes institucionalmente abaixo na hierarquia judiciária aplicaram de forma correta a legislação<sup>373</sup>. Em caso negativo, cabe à corte pronunciar (sem a necessidade de reenvio) uma nova decisão de mérito que substitua a decisão equivocada.<sup>374</sup>

A jurisprudência uniforme serve como forma por meio do qual a Corte exerce seu papel de controlar a legalidade das decisões, afirmando o exato sentido da lei. Importante dizer que a eficácia das suas decisões é restrita às partes, sendo que a jurisprudência não se constitui como fonte primária do direito.<sup>375</sup>

Já as Cortes Supremas partem de pressupostos teóricos bastante diferentes, a começar por uma perspectiva cética ou antiformalista da interpretação do direito. Nesse modelo, a corte passa a ser o *locus* da adequada interpretação do direito, sendo que, por meio dos seus

<sup>369</sup> TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 121-122 e 130.

<sup>370</sup> CALAMANDREI, Piero [1889-1956]. **La casación civil**. t. II. Trad. Santiago Santís Meleno. Buenos Aires: El Foro, 1945 [1920]. p. 114-115.

<sup>371</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 54-56.

<sup>372</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 330-331.

<sup>373</sup> Em viés crítico, apontando a dificuldade de separação entre questões de fato e de direito, ver KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Exemplificativamente, nas páginas 36-46. “Desaparece, portanto, a ideia de “independência” entre *quaestio facti* e *quaestio iuris*, que resultam doravante em íntima conexão, no sentido de progressiva e reciprocamente se determinarem-se: a aplicação da norma ao fato consiste na determinação (na descoberta) da coincidência, através de um movimento circular de compreender, que procede a uma pluralidade de níveis sucessivos: “é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato”. (p. 39.)

<sup>374</sup> TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 122.

<sup>375</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 54-55.

precedentes, orienta a sociedade em geral acerca do significado do direito.<sup>376</sup>

Pode-se apontar que as Cortes Supremas têm uma atividade judicante que parte do passado, mas é voltada essencialmente para o futuro. A interpretação do direito é o objetivo da existência da corte e o recurso que deflagra a sua jurisdição busca tutelar o *jus constitutionis* (tutela da Constituição e da legislação federal), tendo a corte, por isso, uma maior autonomia para se autogovernar.<sup>377</sup>

Assim, nos dois modelos, há uma diferença com relação ao papel do caso concreto que deflagra a atuação jurisdicional. De um lado, nas Cortes Superiores, existe uma espécie de interpretação operativa, que visa à justa decisão para o caso em exame, do outro, nas Cortes Supremas, busca-se, precipuamente, a atribuição de um significado para o direito.<sup>378</sup>

Os filtros recursais acabam por eliminar de forma legítima a possibilidade de se discutir todas as decisões dos tribunais ordinários (como, por exemplo, o *certiorari* nos EUA ou a repercussão geral no Brasil)<sup>379</sup>. Isso faz com que as Cortes Supremas possam bem executar a sua função de dar unidade ao direito por meio da interpretação da lei e da Constituição.<sup>380</sup>

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já consignou que a repercussão geral deve ser demonstrada inclusive no âmbito penal. Isso quando assentou que o RE é um recurso que visa “preservar a autoridade e a uniformidade da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas como aquelas que ultrapassem os “interesses subjetivos da causa””.<sup>381</sup>

Ainda, é preciso mencionar que os precedentes têm um papel central no funcionamento das Cortes de Supremas, sendo que a ausência de respeito a eles pode ser considerada uma grave falta institucional. Nesse ponto, os juízes e tribunais de segundo grau estão vinculados aos precedentes das Cortes Supremas (vinculação vertical), bem como os próprios ministros que integram as Cortes de precedentes (vinculação horizontal).<sup>382</sup>

Os juízes e tribunais que institucionalmente estão hierarquicamente abaixo dentro da

<sup>376</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17 e 65-75.

<sup>377</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17-18 e 79-84.

<sup>378</sup> TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo**: Saggi sulla Cassazione Civile. Bolgna: Il Mulino, 1991. p. 158-160.

<sup>379</sup> TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139. p. 125-127.

<sup>380</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146-153.

<sup>381</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Agravo de Instrumento n. 664.567/RS. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 jun. 2007. DJ 06 set. 2007.

<sup>382</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 18 e 84-92.

realidade da administração da justiça têm a tarefa de decidir casos. Apenas quando não houver a pronúncia das Cortes Supremas sobre a matéria em discussão é que podem dizer acerca do sentido de uma questão federal ou constitucional.<sup>383</sup>

Logo, no direito brasileiro, o STJ e o STF devem ser vistos como Cortes Supremas, ou seja, Cortes de precedentes, que definem o significado do direito federal e constitucional (por meio da interpretação dos textos). Deve ser superada a ideia de pensar as Supremas Cortes do nosso país como cortes de correção e de jurisprudência.<sup>384</sup>

Os precedentes têm a função de reduzir o âmbito de equivocidade do direito, aumentando a sua cognoscibilidade e possibilitando um tratamento igualitário entre as pessoas. Todavia, para que isso ocorra de fato, é preciso que saibamos qual é a função das cortes no direito brasileiro, devendo se levar em conta o que diz a Constituição Federal de 1988.<sup>385</sup>

A identificação da correta função das cortes a partir das suas competências é indispensável para que o sistema ganhe racionalidade e que se promova a economia processual. Se houver, de fato, uma racionalização na atuação dos Tribunais, ocorrerá, inegavelmente, um acréscimo de qualidade nas decisões, em face da maior disponibilidade de tempo para analisar e julgar os casos.<sup>386</sup>

Nesse ponto, Mitidiero refere que:

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis Judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para a decisão justa e cortes para a formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precederes.<sup>387</sup>

Em que pese com um repertório teórico diverso (que apontava para a necessidade de fazer valer a eficácia do legislado, mas reconhecendo a possibilidade de diversas interpretações possíveis), Calmon de Passos já assinalava a necessidade de se seguir o entendimento dos Tribunais. Nesse sentido, referia que:

<sup>383</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 154-155.

<sup>384</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17-18 e 93-103.

<sup>385</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-39.

<sup>386</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 36-39.

<sup>387</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 37.

De tudo quando exposto, concluímos por afirmar que o problema da força vinculante das decisões dos tribunais superiores, mesmo sem texto expresso, até desnecessário, ainda quando conveniente, decorre da lógica do sistema e só pode existir nessa mesma perspectiva.<sup>388</sup>

Quando a corte tem a tarefa de decidir o caso mediante a decisão justa, a interpretação serve como um meio para se chegar ao resultado. Entretanto, quando está voltada para a tutela do direito mediante a formação de precedentes, a interpretação é o fim, sendo que o caso vai servir como base para se chegar ao resultado interpretativo.<sup>389</sup>

Como já exposto, a compreensão do que significa interpretar o direito foi alterada, tendo em vista que a atividade interpretativa passa a ser vista como uma atividade de reconstrução de sentido normativo. Por isso, deve-se ter claro que o material outorgado pelo Legislador (textos) é apenas parcial na constituição do direito, dependendo de uma outorga de sentido dada pelo intérprete (norma), que goza de uma margem inexorável de discricionariedade.<sup>390</sup>

É preciso referir que a decisão interpretativa acerca do significado da legislação agrega algo de novo na ordem jurídica positiva. Isso pois essa decisão passa a fazer parte de uma ordem jurídica de maior abrangência, integrada pela legislação e pelos precedentes das Cortes Supremas.<sup>391</sup>

O processo penal serve, sob uma perspectiva individual, para possibilitar a aplicação do direito penal (que não tem realidade autônoma), reestabelecer a paz social e limitar o poder punitivo. Mais especificamente, tem como objetivos o alcance de uma decisão materialmente correta e obtida em conformidade com a ordem jurídica.<sup>392</sup>

Além disso, em uma dimensão geral, as Cortes Supremas têm a função precípua de dar unidade ao direito punitivo por meio de seus precedentes, orientando a sociedade acerca de seu significado. Destarte, os precedentes (interpretativos) têm uma tarefa de extremo relevo ao apontar qual, de fato, é o conteúdo do direito punitivo, tudo, obviamente, a partir dos marcos estabelecidos na legislação.

Isso não quer dizer, de forma nenhuma, que as Cortes Supremas tenham a tarefa,

---

<sup>388</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 163-176, jan./mar. 1997. p. 176.

<sup>389</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 38-41.

<sup>390</sup> PICARDI, Nicola. A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008 [2004]. p. 01-32. p. 12-15.

<sup>391</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 157-158.

<sup>392</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 1-5.

doravante, de criar crimes *ex nihilo*. É preciso deixar claro que a pura criação do direito punitivo não é tarefa judicial, sendo que cabe ao Parlamento a criação originária do direito penal e às Cortes o trabalho interpretativo.<sup>393</sup>

No sistema jurídico brasileiro, o STJ e o STF são mais assimilados, na prática, às Cortes Superiores. Isto pois ainda refletem uma concepção de interpretação jurídica ultrapassada (formalista), por isso é preciso que se avance nesse ponto para atingirmos um verdadeiro marco de Estado de Direito.

### 3. A forma de julgamento nas Cortes Supremas

O sistema de precedentes depende substancialmente de um adequado sistema de julgamento das Cortes de Supremas, já que os precedentes são razões generalizáveis extraídas de uma ou mais decisões oriundas desses Tribunais. Portanto, é preciso analisar a forma de julgamento das Cortes para se chegar a um bom modelo que permita o funcionamento adequado do sistema jurídico.

Inicialmente, é preciso mencionar que, como vimos, as Cortes Supremas precisam deixar de ser vistas como Cortes de correção. Como verdadeiras Cortes de precedentes estão voltadas para a definição da norma que deriva do texto da lei por meio da atividade interpretativa, assim tendo a tarefa de orientar os casos futuros, tutelando a igualdade e a liberdade perante a ordem jurídica e substancializando a segurança jurídica<sup>394</sup>.

Logo, essas Cortes devem representar verdadeiros fóruns deliberativos, ou seja, espaços que se privilegia a argumentação e não meramente a contagem de votos para decisão da causa. São instância em que o esforço de persuadir e a abertura para a persuasão necessita ser permanente.<sup>395</sup>

A deliberação pode ser dividida em fases para uma melhor compreensão analítica, quais sejam, a fase pré-decisional (contestação argumentativa), decisional (interação colegiada) e

<sup>393</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 453-467. p. 455.

<sup>394</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 13.

<sup>395</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 54.

pós-decisional (decisão escrita deliberativa). Uma corte deliberativa, em seu formato ideal, deve perseguir essas três fases.<sup>396</sup>

A fase pré-decisional inicia quando o caso é submetido formalmente à Corte e se encerra quando findas as oportunidades formais para que os interlocutores argumentem. Se o caso chegar ao Tribunal por meio de recurso, a deliberação vai ter se iniciado já nas instâncias inferiores.<sup>397</sup>

Já a fase decisional ocorre quando o colegiado interage para chegar a uma decisão, na busca da melhor resposta possível para o caso, tendo em conta o manancial argumentativo submetido à Corte. A deliberação é uma atividade coletiva e cooperativa, em que a interação é uma marca e não pode ser uma mera competição pela prevalência de argumentos.<sup>398</sup>

A última fase é a pós-decisional, na qual a deliberação é traduzida em razões escritas, comunicando a decisão tomada. O texto da decisão deliberativa deve ser visto como uma forma rearticulada e estruturada da interação que se deu no âmbito do órgão colegiado da Corte Suprema.<sup>399</sup>

Ocorre que o modelo de julgamento das Cortes de Vértice no Brasil (notadamente o STJ e STF) ainda é o das Cortes de Correção (da aplicação correta da lei para resolver o caso concreto), em que o mais importante é o resultado consubstanciado no dispositivo da decisão (decisão do recurso). No entanto, se vistas como Cortes Supremas, que têm a competência de definir a interpretação do texto no bojo das razões que levaram a julgar num ou noutro sentido, é imperativo, então, que se busque uma forma de julgamento que deixe claro qual foi a decisão da Corte com relação aos fundamentos do julgado<sup>400</sup>.

No âmbito da formação do precedente, é necessário ter em mente que as Cortes de Vértice proferem decisões plurais (maioria de votos, mas com razões diferentes), devendo-se ter atenção ao que foi decidido/votado acerca de cada um dos fundamentos. Isso porque pode ocorrer o que se chama na doutrina de “votação paradoxal”, que acontece, por exemplo, quando um fundamento é aceito por 4 juízes e outro por 3 juízes, o que daria o total de 7 votos (maioria,

---

<sup>396</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 59.

<sup>397</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 61.

<sup>398</sup> SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation? **Journal of Political Philosophy**, vol. 10, nº 2, p. 196–211, 2002. p. 197.

<sup>399</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 63-65.

<sup>400</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 13-14.

no caso de um colegiado formado por 11 magistrados), entretanto, o primeiro fundamento foi derrotado por 7 a 4 e o segundo por 8 a 3, não havendo que se falar em precedente (*precedent's rules*)<sup>401</sup>.

Além disso, os votos concorrentes<sup>402</sup> (fundamentação diferente, mas igual resultado) ou dissidentes (opõe-se à *ratio*) não devem expressar meramente o posicionamento pessoal do juiz e passam a ter grande relevância, seja internamente (promovem e melhoram a deliberação e o julgamento, por meio do teste da argumentação em contrário), seja externamente (guias para se compreender a decisão da Corte). Igualmente, servem para que se saiba como um determinado juiz ou ministro pensa a respeito da matéria em julgamento, podendo, portanto, ser utilizados em outros julgamentos<sup>403</sup>.

Os votos dissidentes, que se opõem à *ratio decidendi*, têm o condão de manter o debate em aberto, fomentando a discussão por parte da comunidade acadêmica. Já que uma questão decidida por unanimidade, provavelmente só será discutida pelos operadores do direito e pela academia se surgirem novas circunstâncias sociais aptas a desencadear novamente o debate.<sup>404</sup>

Veja-se que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há um grande número de votos divergentes (em que não há propriamente uma preocupação em se opor à *ratio*) e isso se explica por várias razões. A uma, porque não há deliberação prévia sobre o que será julgado (pré-sessão de julgamento), a duas, pois os votos são redigidos antes mesmo do debate, a três, em razão da excessiva carga de trabalho, que empobrece a discussão (pressa para deliberar), a quatro, em face da grande publicidade dos julgamentos (televisados ao vivo), entre outras<sup>405</sup>.

A elaboração prévia de votos escritos é um forte empecilho a uma deliberação de qualidade, tendo em vista que não se tem um ambiente adequado para o debate. Posições já definidas demarcam uma verdadeira negativa ao diálogo (tendo um sentido de definitividade), havendo um verdadeiro convite à adesão, o que é diferente da utilização de apontamentos prévios para facilitar a discussão (marca um convite ao diálogo).<sup>406</sup>

---

<sup>401</sup> KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. p. 10-11.

<sup>402</sup> Concordam com o resultado, mas divergem no que se refere ao fundamento, buscando demonstrar que há melhores razões para se atingir o mesmo resultado (obstam a formação do precedente se não houver maioria concordante).

<sup>403</sup> KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. *California Law Review*, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993. p. 9-10. Demonstrando a importância da dissidência com exemplos de julgados ocorridos no âmbito da Suprema Corte Americana: GINSBURG, Ruth Bader. The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, v. 95, n. 1, p. 1-8, 2010. p. 1-8.

<sup>404</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 41.

<sup>405</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes? Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 47, p. 205-225, 2016. p. 211-214.

<sup>406</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante

O modelo de julgamento preocupado com a decisão do recurso tem atenção apenas com a argumentação trazida pelas partes. Hoje, tendo em vista que a discussão está ligada a uma tarefa de definição do próprio direito, o debate tende a ser ampliado (com a admissão de *amici curiae*, por exemplo) e intensificado a fim de que se tenha um aprofundamento da deliberação sobre as possíveis interpretações em disputa e a consequente formação do precedente<sup>407</sup>.

Nesse particular, a admissão do *amicus curie*<sup>408</sup> em matéria penal é possível, em face da aplicação analógica autorizada pelo artigo 3º do Código de Processo Penal<sup>409</sup>. Obviamente que se deve exigir a demonstração de interesse jurídico legítimo e analisar a sua utilidade tendo em conta a necessidade de manutenção da igualdade processual/paridade de armas, sob pena de prejudicar a situação processual do réu<sup>410</sup>.

Corroborando esse entendimento, o STF já admitiu a participação de *amicus curie* no âmbito processual penal, em um julgamento de *Habeas Corpus*<sup>411</sup>. No caso, foi permitida a apresentação de pareceres contra o réu, sendo que estes serviram, inclusive, como base expressa para a negativa da concessão da ordem.

Sobre a decisão que define a sorte de um recurso que tramita nas instâncias ordinárias, é preciso atentar para a diferença entre votos que decidem questões diferentes e votos que tratam da mesma questão com base em razões distintas. Assim,

há decisão por maioria quando três julgadores de um colegiado de cinco têm um mesmo entendimento a respeito de uma causa de pedir ou de uma preliminar, ainda que com base em razões diversas. Não fosse assim, um recurso de apelação só poderia ser provido se um mesmo motivo fosse reconhecido pela maioria.<sup>412</sup>

Já quanto aos recursos endereçados às instâncias extraordinárias (notadamente o recurso especial e o extraordinário), há que se ter em conta que pode haver a formação ou não de precedente (eventual), mas sempre se decidirá o recurso (necessário). Pode ocorrer que o STJ ou STF tenham colhido em uma dada decisão maioria de votos com fundamentos diferentes e não amparados pela maioria do colegiado (decisão plural), não havendo, nesses casos, a

---

do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 104-106.

<sup>407</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 26-27.

<sup>408</sup> A previsão legal geral encontra-se no artigo 138 do CPC.

<sup>409</sup> Defendendo a possibilidade de intervenção em qualquer processo: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 523.

<sup>410</sup> Sobre paridade de armas no processo penal ver: COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 89-97.

<sup>411</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004.

<sup>412</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

formação de precedente (*ratio decidendi*, que, para a sua formação, depende da adesão maioria dos julgadores), existindo tão somente decisão do recurso (maioria em relação ao resultado)<sup>413</sup>.

No caso de decisões plurais (quando não há compartilhamento dos fundamentos pelos membros da Corte), surgem duas possibilidades. Em primeiro lugar, a Corte fica livre para decidir novamente a questão (não há vinculação horizontal) e, em segundo, os tribunais inferiores não se vinculam, obrigatoriamente, àquela decisão (sem vinculação vertical).<sup>414</sup>

A possibilidade de discussão pelas cortes inferiores e juízes de primeiro grau traz a oportunidade do enriquecimento da discussão (amadurecimento do debate), de modo a trazer mais argumentos para a formação futura do precedente. Aqui, portanto, não há precedente vinculante.

Desse modo, em um sistema adequado de precedentes, em relação à forma de julgamento, deve-se buscar (tendencialmente) a elaboração de decisões colegiadas, com fundamentos unânimes ou majoritários. E ainda, no caso de contrariedade, esta deve ser manifestada na forma de voto dissidente.

Assim, as Cortes Supremas não podem pautar-se por um modelo de deliberação em que há ausência de trocas de argumentos entre os ministros, cada um levando o seu voto pronto para a sessão e não se dispondo a ouvir e considerar (deixar-se influenciar) a argumentação dissonante. Ademais, é preciso que a decisão seja uma manifestação institucional do tribunal e não o somatório de decisões isoladas, apontando com clareza os fundamentos majoritários.<sup>415</sup>

No caso brasileiro, temos uma dificuldade frente ao modelo de confecção dos acórdãos por parte dos nossos tribunais, denominado *seriatim* (de cariz não deliberativo), que se traduz na soma de todas as manifestações individuais dos membros do colegiado (votos e debates orais). Diferentemente da forma *per curiam*, que é a junção das razões de decidir do colegiado em um só texto (opinião da corte)<sup>416</sup>, ou mesmo *seriatim* deliberativa (“múltiplas vozes que conversam entre si”)<sup>417</sup>.

---

<sup>413</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 38-39.

<sup>414</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 64.

<sup>415</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 197-227, 2009. p. 217.

<sup>416</sup> STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo *seriatim* de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jan./jun. 2014. p. 233.

<sup>417</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 67.

Isso pode gerar uma dificuldade adicional quanto à identificação da *ratio decidendi*, bem como favorecer decisões plurais. Uma mudança nesse ponto seria importante para que se possa facilitar a adoção de uma verdadeira cultura de respeito aos precedentes entre nós, em que pese não ser garantia de formação de decisões com *ratio* sustentadas por maiorias<sup>418</sup>.

Por fim, é bastante recomendável que a Corte Suprema, quando da proclamação do julgamento, declare expressamente qual é a *ratio decidendi*. Aqui, a tarefa das partes em geral (direito de influência) é importante para auxiliar o tribunal a delimitar a *ratio*.<sup>419</sup>

Logo, não somente o que se decidiu passa a ser importante, mas também o como se chegou à decisão. É preciso que as Cortes Supremas assumam seu papel de dar unidade ao direito e passem a deliberar como tal (para usar uma metáfora, devem atuar como uma orquestra e não como um “tribunal de solistas”<sup>420</sup>), sob pena do sistema de precedentes não lograr atingir um desenvolvimento adequado.

#### **4. Possíveis críticas ao sistema de precedentes vinculantes: Superando resistências e preconceitos**

Apesar do que já mencionamos, é possível perquirir alguns argumentos contrários à teoria dos precedentes vinculantes e analisá-los para refletir acerca do acerto ou não dos mesmos. Basicamente, além dos argumentos que já foram expostos anteriormente (violação à separação de poderes e inaplicabilidade em sistemas de *civil law*), pode-se apontar o possível engessamento no desenvolvimento do direito, a violação à independência dos juízes e o eventual óbice à igualdade substancial.

Com relação ao desenvolvimento do direito e sua impossibilidade frente à adoção de uma teoria dos precedentes vinculantes, é preciso tecer algumas considerações. De início, frise-se que esse argumento parte do pressuposto que os precedentes seriam inalteráveis, ou seja, uma vez estabelecidos, não poderiam ser mais modificados.<sup>421</sup>

Entretanto, essa visão não é correta, não tendo validade sequer na Inglaterra, que é o berço da *common law*. Naquele país, houve um tempo em que os precedentes realmente eram

<sup>418</sup> Quanto a esse debate e tendo como panorama os Estados Unidos e a SCOTUS, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 66-68.

<sup>419</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131-135.

<sup>420</sup> MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012. p. 72.

<sup>421</sup> CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007 [1999]. p. 288-289.

entendidos como “imutáveis”, tendo em vista que a *House of Lords* entendia (1898-1966) estar vinculada aos seus precedentes sem possibilidade de modificá-los<sup>422</sup>.

De fato, em 1898, a *House of Lords* julgou o famoso caso *London Tramways vs. London Coutry Concil* e, nesse julgamento, assentou que ela não poderia de nenhuma forma deixar de seguir os seus precedentes, ou melhor, estaria impossibilitada de fazer o *overruling* (superação de precedentes). A Corte definira naquela oportunidade que, mesmo com o aparecimento de fatos e valores novos, os precedentes não poderiam ser mudados, em face da necessidade de estabilidade do direito (*stare decisis* rígido)<sup>423</sup>.

Ocorre que, em 1966, a Corte editou um *Practice Statement*, no qual se estipulou que, em algumas circunstâncias excepcionais, mormente de alteração social do direito, é possível superar um precedente. Reconheceu-se que uma aderência muito rígida aos precedentes estabelecidos, mesmo que trouxesse segurança para que os indivíduos pudessem definir suas condutas, poderia levar à injustiça em casos concretos e, além disso, impedir o desenvolvimento do direito.

Então, desde 1966, a *House of Lords* tem a possibilidade de revogar seus precedentes, mesmo que não faça isso com frequência. No ponto, refere Duxbury que “De fato, raramente desde 1966 a Câmara dos Lordes usou o poder que criou para si; e parece razoável especular que não vai usá-lo muito no futuro (...)”<sup>424</sup>(tradução livre).

Já nos Estados Unidos, a revogação de precedentes sempre foi percebida como algo normal e necessário para o desenvolvimento do direito, isso em casos excepcionais e com a devida justificção. A Suprema Corte estadunidense, por várias razões, com frequência, revoga seus precedentes, mesmo que isso venha gerando críticas por parte da doutrina em relação à consistência das revogações<sup>425</sup>.

Além do *overruling* (superação), a *common law* possui diversas técnicas que permitem que se faça a revogação do precedente ou o seu afastamento. De forma não exaustiva, poderíamos citar algumas delas: *overruling* e suas variações (superação do precedente, com negativa de sua vigência), *overriding* (o precedente é reescrito, com redefinição do seu âmbito de incidência) e *transformation* (transformação com alteração parcial do precedente, mas com

<sup>422</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141.

<sup>423</sup> LANGBEIN, John H. Modern Jurisprudence in the House of Lords: The Passing of London Tramways. **Cornell Law Review**, v. 53, n. 807, p.807-818, 1968. p. 807-809.

<sup>424</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p 126-127. No original “In fact, only rarely since 1966 has the House of Lords used the power that it created for itself; and it seems reasonable to speculate that it will not use it very much in the future(…)”

<sup>425</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 142-143.

resultado com ele compatível)<sup>426</sup>.

Diante do exposto, fica demonstrado que um sistema de precedentes pode manter-se em desenvolvimento, de forma ordenada e coerente, quando as decisões que afastam ou revogam os precedentes são dotadas de fundamentação idônea e utilizam o ferramental existente. Destarte, não se sustenta o argumento de que a teoria dos precedentes engessa o desenvolvimento do sistema jurídico.

Nessa toada, demonstrando igualmente a importância da doutrina no desenvolvimento do direito, Marinoni aponta que:

Assim, como é evidente, as normas criadas pelo Judiciário, longe de restarem petrificadas ou eternizadas, estarão em constante adaptação aos novos tempos e à evolução da dogmática e da teoria jurídicas. Ora, se o precedente serve para definir o horizonte da juridicidade, sem o qual o exercício da jurisdição não teria como ser coerente, não há como deixar de ver que o desenvolvimento da doutrina pode interferir sobre a linha do horizonte, podendo fazê-la recuar. Em outras palavras: a ausência de precedentes com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais – e, assim, do direito-, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deva ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. De modo que respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza do direito.<sup>427</sup>

Outra crítica lançada à teoria dos precedentes é de que tal sistema violaria a independência judicial dos juízes. Isso pois, ao ter que seguir de maneira obrigatória os precedentes das Cortes Supremas, o magistrado não poderia atribuir à lei o significado que acha o mais correto, mas, sim, fica vinculado ao significado posto.

Há, em acréscimo, quem diga que o sistema de precedentes transforma o magistrado em um juiz “boca dos tribunais”. Isto porque, fora os casos em que a própria Constituição exige vinculação (súmulas vinculantes e decisões em controle concentrado de constitucionalidade), o julgador deve aplicar livremente a legislação, bem como as decisões pretéritas dos tribunais, justificando a sua decisão e com a possibilidade de aplicar ou não o entendimento jurisprudencial (que teria efeito meramente persuasivo, com aplicabilidade condicionada à concordância com o acerto ou não do que foi decidido)<sup>428</sup>.

<sup>426</sup> EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988. p. 104 e ss; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103.

<sup>427</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 143-144.

<sup>428</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1911-1913; STRECK, Lenio Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Senso Incomum, 22 set. 2016. Disponível

A argumentação se fundamenta na ideia de que o juiz deve obediência tão somente à legislação (incluída a Constituição) e não à interpretação dada pelas Cortes Supremas. Então, cada Tribunal e juiz deveria determinar qual seria a melhor interpretação para o direito a partir dos casos que examinam.<sup>429</sup>

A base para essa compreensão é que, via de regra, não há hierarquia jurisdicional entre os tribunais e os juízes, salvo em matéria recursal, que se limitaria à análise do caso concreto específico. A vinculação a preceitos gerais e abstratos, com características de lei, dependeria de autorização constitucional, sendo que a vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores dependeria de alteração constitucional, *in verbis*:

Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projetos de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/05), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder.<sup>430</sup>

O entendimento tem como premissa a ideia de que os tribunais superiores (notadamente o STF e STJ) são tribunais que decidem casos concretos, resolvendo lides objetivas (controle concentrado de constitucionalidade) e subjetivas (RE e REsp). Não seriam, portanto, tribunais de teses jurídicas (vinculantes)<sup>431</sup>, salvo a peculiaridade das súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>432</sup>.

É de extrema relevância conhecermos quais são os contornos da independência funcional dos magistrados a fim de que possamos considerar válido ou não o artigo 927 do CPC e um sistema de vinculação. Para que os precedentes das Cortes Supremas (STJ e STF) vinculem as decisões de juízes institucionalmente de hierarquia inferior, é preciso saber se isso

---

em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 03 mar. 2017.

<sup>429</sup> Apresentando a crítica, ver também: CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**, v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994. p. 820.

<sup>430</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1912.

<sup>431</sup> Nesse ponto, é interessante esclarecer que existe diferença entre um tribunal de teses e uma corte de precedentes, pois os precedentes estão ligados a um contexto de fato e dependem para a sua formação do compartilhamento dos fundamentos por parte da maioria dos julgadores.

<sup>432</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1911-1912.

é possível sob o prisma constitucional.

A independência do Judiciário, no que interessa ao ponto, consiste na possibilidade de tomada de decisões jurisdicionais com base na convicção do juiz e de acordo com as fontes do direito, sem receio de represálias. A independência, sob a perspectiva decisória, revela que não pode haver pressão ou influência de órgãos superiores no momento da decisão judicial (liberdade para decidir).<sup>433</sup>

Ocorre que, como já apontado, o Judiciário tem diferentes níveis na cadeia institucional, cada uma delas com competências específicas e diversas. As Cortes Supremas, notadamente o STJ e o STF, têm a função constitucional de atribuir sentido à legislação federal e à Constituição, e, tomando o Judiciário em sua unidade, não existiria razão para que todos os juízes pudessem atribuir sentido concorrente e diverso ao atribuído pelos Tribunais Superiores.<sup>434</sup>

Os precedentes são uma expressão do direito (fonte do direito), portanto, não há liberdade judicial para não segui-los, sob pena de violação de regras básicas oriundas da configuração do Estado de Direito. O Judiciário deve tratar os cidadãos de maneira igual, ou seja, os casos similares devem ser decididos da mesma forma, aplicando-se o mesmo direito a todos.

Logo, não se pode tomar a independência judicial de forma absoluta, pois o Judiciário precisa se manifestar de maneira institucionalizada. E a tomada de decisões em respeito ao que já decidido pelas Cortes Supremas favorece o respeito à segurança jurídica e a igualdade de todos perante o (a aplicação do) direito<sup>435</sup>.

Em termos de eficácia e coerência da ordem jurídica, não tem relevância se o juiz inferior, sob o ponto de vista pessoal, concorda ou não com a posição do Tribunal Superior, pois os precedentes desses o vinculam, independentemente de sua convicção pessoal. Se assim não fosse, haveria a exigência (institucionalizada) de que houvesse recurso para que cada uma das decisões dissonantes dos juízes inferiores fosse reformada.<sup>436</sup>

Ademais, poderíamos aventar que a autonomia decisória dos juízes contribui para o desenvolvimento do direito e isso seria tolhido caso houvesse a necessidade de respeito aos

---

<sup>433</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 4 e 140-141.

<sup>434</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150-151.

<sup>435</sup> MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes judiciais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Precedentes**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 87-96. p. 95-96.

<sup>436</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

precedentes judiciais de maneira vinculante. Entretanto, os juízes e tribunais podem estimular a mudança de orientação das Cortes Supremas por meio das decisões que aplicam o precedente, mas expõem seus equívocos (*critical concurrence*).<sup>437</sup>

Em relação à possível violação da igualdade substancial, também é preciso que se analise a real pertinência do argumento. Aqui, pode-se questionar se a adoção de um sistema de precedentes vinculantes impediria que se desse tratamento diferenciado às situações que são diferentes, impondo a mesma solução uniforme de maneira equivocada.

Ocorre que se sabe que apenas a igualdade perante a lei é insuficiente, pois se restringe ao plano abstrato, sendo irrealizável, caso a legislação, quando aplicada, seja interpretada de modo diverso. Não teria muito sentido que a lei fosse igual para todos, mas a sua aplicação diferenciada para alguns, ou seja, casos análogos/similares com soluções diversas<sup>438</sup>.

Nesse ponto, Dworkin quando trata da *common law* e dos precedentes, aponta que a justificativa para utilização de um sistema precedentes é justamente a igualdade: “A força gravitacional de um precedente pode ser explicada pelo apelo, não a sabedoria do cumprimento de leis promulgadas, mas na justiça de tratar casos semelhantes de maneira igual.”<sup>439</sup>

Na mesma linha, a ideia de seguir precedentes para Maccormick vai ao encontro da realização do princípio da igualdade:

Parte da resposta a essas perguntas é uma razão de justiça: se você deve tratar igualmente casos iguais e diferentemente casos distintos, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (*prima facie*, pelo menos) ser decididos de maneira igual ou análoga aos casos passados. Conectada a essa razão está a ideia de um sistema jurídico imparcial que faz a mesma justiça a todos, independentemente de quem forem as partes do caso e de quem está julgando.<sup>440</sup>

Obviamente que não existem dois casos exatamente iguais, então, a aplicação dos precedentes parte de uma generalização, sendo que devem ser verificadas as semelhanças e distinções relevantes para fins aplicativos. Assim, perante dois fatos essenciais (similaridade

<sup>437</sup> PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 74-75.

<sup>438</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 305.

<sup>439</sup> DWORKIN, Ronald [1931-2013]. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 113. No original: “The gravitation force of a precedent may be explained by appeal, not a wisdom of enforcing enactments, but of fairness of treating like case alike.” (Tradução livre do autor do presente trabalho)

<sup>440</sup> MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995]. p. 191.

fática) é aplicável a regra universalizável extraída do precedente<sup>441</sup>.

Sucedo que, da mesma forma que a legislação, os precedentes devem ser utilizados de maneira racional e correta, de acordo com uma teoria constitucionalmente adequada. O respeito aos precedentes não se consubstancia na aplicação irrefletida e automática, pois necessitam ser vistos como normas que precisam respeitar as particularidades de cada caso.

Por isso, existem técnicas próprias, como o *distinguishing* que se consubstancia na distinção entre os casos que contenham fatos diferentes. Logo, se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no nível apropriado de generalidade, não coincidirem com os fatos fundamentais do caso em que se analisa a sua aplicação, o segundo caso será considerado diferente e o precedente não será aplicado.<sup>442</sup>

Vê-se que a crítica de que o sistema de precedentes geraria injustiça ao desconsiderar as peculiaridades do caso não procede. Pouca diferença existe em aplicar de maneira errônea o precedente e a legislação, sendo que ambas as situações são perniciosas ao sistema jurídico em termos de igualdade.

A noção de caso concreto não poder servir de alibi para que se decida de qualquer forma, com a aplicação do direito de maneira díspar, mesmo quando não haja nenhuma justificativa racional para tanto. Os casos diferenciados, como apontamos, podem e devem ser tratados de maneira diferente (por meio da distinção entre eles).

Portanto, percebe-se que as críticas gerais a uma teoria dos precedentes vinculantes não se sustentam. Na verdade, ao oposto, os precedentes fomentam a igualdade substancial (aplicando o mesmo direito a casos similares), não obstam o desenvolvimento do direito (existem mecanismos para que o sistema possa evoluir, especialmente o *overruling*) e não ferem a independência dos juízes (que não é absoluta e, além disso, os juízes têm que seguir o direito ao decidir, o que compreende respeitar também os precedentes das Cortes Supremas).

## **5. Aplicação subsidiária do CPC na seara criminal (?) e a necessidade de reconstrução normativa do sistema**

As questões que pretendemos abordar nesse tópico são se as normas do Código de Processo Civil devem ser adotadas no âmbito penal e qual é o fundamento para tanto.

---

<sup>441</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 238-239.

<sup>442</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 142.

Buscaremos esclarecer se a aplicação do sistema de precedentes situa-se no âmbito civil ou é matéria de teoria geral do direito.

De início, é preciso referir que o Código de Processo penal vigente não regulamenta um sistema de precedentes vinculantes<sup>443</sup>, sequer versa acerca dos recursos especial e extraordinário. Estes recursos tinham a sua disciplina na lei n. 8.038/90 e, atualmente, têm o seu regramento definido pelo Código de Processo Civil de 2015 (que revogou os dispositivos pertinentes à matéria previstos na Lei 8.038/90).

O Projeto de Lei 8.045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que traz um possível novo Código de Processo Penal, igualmente não refere em nenhum ponto sobre a adoção de um sistema de precedentes, limitando-se, nessa matéria, a incorporar a regulamentação dos recursos especial e extraordinário (estipulando regramento sobre repercussão geral e recursos repetitivos). Esta discussão definitivamente não tem tido penetração legislativa na seara criminal.

Logo, a partir dessa constatação, surge a questão de sabermos se o regramento do Código de Processo Civil poderia ser utilizado no âmbito penal, e se isso deve ser feito por meio da utilização da aplicação analógica (autorização do artigo 3º do CPP)<sup>444</sup> ou em razão da própria natureza desses dispositivos (normas heterotópicas). O CPC regulamenta a matéria, basicamente, nos seguintes dispositivos:

Artigo 489: § 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;

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.

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.

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;

<sup>443</sup> Da mesma forma, a doutrina processual penal pouco discute o tema no Brasil. Vê-se, nos cursos/manuais, mesmo após a vigência do CPC/15, uma ausência de debate sobre a matéria, como, por exemplo, em BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>444</sup> Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como, o suplemento dos princípios gerais de direito.

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.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Quanto à utilização por analogia, uma objeção que pode ser feita é acerca da crítica existente sobre a utilização de categorias do processo civil ao processo penal, ou melhor, de uma teoria geral do processo que abrangesse os dois ramos processuais. Sobre a teoria geral, pode-se compreendê-la de três maneiras distintas, então vejamos.

Em primeiro lugar, a teoria geral poderia ser entendida como teoria universal, que busca identificar os conceitos aptos a serem aplicados em todo e qualquer ordenamento jurídico. O problema aqui é a abstração de elementos culturais, o que acaba tornando-a uma teoria que cuida apenas da terminologia comum, com a ilusão de que uma mesma palavra possa traduzir sempre um mesmo conceito.<sup>445446</sup>

Em segundo lugar, em uma visão mais modesta, a teoria geral pode ser vista com uma teoria transordenamental (sentido fraco), ou seja, que visa trabalhar com conceitos suscetíveis de utilização em ordenamentos com características similares. O empecilho a essa visão é que, sob essa perspectiva, a teoria geral se confunde com a comparação jurídica<sup>447448</sup>.

<sup>445</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 21-22.

<sup>446</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto**: Approccio metodologico. Modena: Mucchi Editore, 2012. p. 24-25.

<sup>447</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 22-23.

<sup>448</sup> GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto**: Approccio metodologico. Modena: Mucchi Editore, 2012. p. 26-27.

Em terceiro lugar, é possível pensar na teoria geral do direito como uma teoria transtetorial, ou seja, que trabalha com conceitos comuns a um mesmo ordenamento jurídico (caráter transversal)<sup>449</sup>. Concordamos que esta parece ser a forma ideal de se trabalhar com a teoria geral.

Entretanto, sob o ponto de vista do direito processual, podem surgir incompatibilidades no tratamento comum (transposição simplista) de conceitos e institutos. Isso em razão de existem diferenças funcionais que impedem a teorização em conjunto, tendo em vista que as lógicas de atuação são diversas<sup>450</sup> (processo civil como um meio de tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos mediante justo processo<sup>451</sup> e o processo penal como limite ao poder punitivo, possibilitando a aplicação do direito penal e o reestabelecimento da paz social<sup>452</sup>).<sup>453</sup>

A doutrina processual penal<sup>454</sup> tem criticado a utilização das categorias (lide, condições da ação, nulidades...) do processo civil na seara criminal, fazendo com que se leia o processo penal com lentes civilistas, em verdadeira recusa a uma teoria geral do processo. Objetiva-se que as bases de compreensão são diversas, pois lidam com direitos distintos, em regra, um com a liberdade (penal) e outro com a propriedade (civil).<sup>455</sup>

Fredie Didier aponta que há uma diferença conceitual entre teoria geral do processo e processo unitário. A primeira trabalha com conceitos lógico-jurídicos comuns ou essenciais (como, por exemplo, objeto do processo, prova, presunção, convencimento...), mas não nega as especificidades de cada ramo do processo e o segundo consistiria na prescrição de conceitos (e regimes jurídicos) comuns entre o processo penal e o processo civil, sem qualquer diferenciação.<sup>456457</sup>

<sup>449</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 23.

<sup>450</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 23-24.

<sup>451</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 23-24.

<sup>452</sup> ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003. p. 2-5.

<sup>453</sup> No sentido de defesa de uma teoria geral do processo penal e civil é clássico o livro de CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011: “O direito processual como um todo decorre dos grande princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar”. (p. 54.)

<sup>454</sup> Entre outros: LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70-80; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

<sup>455</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

<sup>456</sup> DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p.110-117.

<sup>457</sup> Essa parece ser também a visão de Antonio do Passo Cabral que refere: “Somos favoráveis à existência de uma

Sucedee que essa visão se aproxima da concepção da teoria geral como uma teoria universal, que prima pela identificação de conceitos gerais atemporais e inespaciais.<sup>458</sup> Isso, como referimos, é problemático, pois abstrai a existência de elementos culturais que são essenciais para a análise dos conceitos jurídicos.

Ocorre que esta discussão parece ser apenas parcialmente útil aqui<sup>459</sup>, servindo para reforçar que o processo penal, de fato, tem categorias próprias que devem ser respeitadas. Isso, porque não se está querendo fazer uma leitura do processo penal a partir das categorias do processo civil, o que se passa é algo um pouco diverso.

Na verdade, o CPC, ao introduzir expressamente no ordenamento o conceito de precedentes e trabalhar com novos conceitos de jurisprudência e de súmula, não está tratando de matéria atinente ao processo civil especificamente. Estas questões se situam no âmbito da teoria geral do direito, portanto, são aplicáveis a todos os ramos jurídicos, inclusive no âmbito penal.<sup>460</sup>

Trata-se de matéria que se localiza, especificamente, no âmbito da teoria das normas, devendo ser aplicada de forma geral a todo o ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 489, § 1º, V e VI, 926 e 927 são dispositivos que devem servir como substrato interpretativo e aplicativo ao direito brasileiro em geral (heterotópicos).<sup>461</sup>

O novo Código de Processo Civil apenas tornou formal a necessidade de respeitar um sistema de precedentes vinculantes, mas isso não tem uma relação direta com a legislação processual civil. O que realmente faz com que isso seja necessário é a nova configuração entre

---

teoria geral do processo e estamos convencidos de que, em especial no tema das nulidades, existe um núcleo comum que pode ser analisado em conjunto” (p. 348-349); “Todavia, posto que possua caráter comunicativo, algumas peculiaridades da nulidade no processo penal farão com que os critérios para caracterizarmos a atipicidade relevante sejam um pouco diferentes” (p. 349-350). In: CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>458</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 21-22.

<sup>459</sup> Defendendo a aplicação supletiva do CPC no âmbito penal, ver: ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 453-467. p. 460-462. Especialmente “A aplicação do modelo de precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva” e “Assim, mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema do processo coletivo não contenham normas sobre precedentes a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos esses sistemas”, ambos na p. 461.

<sup>460</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2017. p. 89.

<sup>461</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2017. p. 89.

a lei, a doutrina e a jurisprudência, que se dá em razão da superação do cognitivismo interpretativo e do reconhecimento da dupla indeterminação do direito.<sup>462</sup>

Conforme bem refere Mitidiero:

Essa é a efetiva razão pela qual a interpretação judicial do direito deve importar como direito vigente e cujas razões devem ser tomadas como normas dotadas de vinculatividade para toda a sociedade civil e para todas as instâncias no Estado Constitucional.<sup>463</sup>

Obviamente que isso não quer dizer que a aplicação deve ser feita de maneira automática. É preciso que se atente para as categorias próprias de cada um dos ramos jurídicos, como, por exemplo, o direito penal e processual penal que têm regramento constitucional específico no que tange a retroatividade normativa (será explorado no último capítulo).<sup>464</sup>

Sob o ponto de vista prático, a fim de que se apliquem os dispositivos do Código de Processo Civil na seara penal, na ausência de regulamentação própria, é necessário analisar se os dispositivos a serem aplicados se harmonizam com a seara penal. Isso quer dizer que somente serão aplicáveis as normas processuais civis (mesmo que transeitoriais) em caso de ausência de disposição específica e harmonia com os princípios processuais penais.<sup>465</sup>

O Código de Processo Penal Português, por exemplo, no artigo 4º, vai exatamente nesse sentido: “Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal.”.

Em Portugal, para ser possível aplicar a regulação do processo civil ao âmbito penal, é preciso que isso seja útil para as finalidades do processo penal<sup>466</sup> e se deem nos limites admitidos, pressupondo que não haja regulamentação específica. É necessário um quadro de nítida incompletude de regulamentação e não de silêncio proposital do legislador (silêncio eloquente).<sup>467</sup>

Já o CPP chileno, no artigo 52, dispõe que “Aplicación de normas comunes a todo

<sup>462</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2017. p. 68.

<sup>463</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2017. p. 68.

<sup>464</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 378-379.

<sup>465</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 [1974]. p. 98.

<sup>466</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos et al. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 20.

<sup>467</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos et al. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 20-21.

procedimiento. Serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en este Código o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil.”. Isso significa que o CPC chileno será aplicado supletivamente nos casos em que o CPP não prever de maneira diversa em matéria de procedimento (exemplos: notificações, incidentes, custas...).<sup>468</sup>

No que tange ao sistema de precedentes, a regulamentação prevista no CPC parece ser plenamente aplicável ao processo penal. Isso porque torna o sistema processual penal mais coerente, incrementando o respeito à liberdade e à igualdade entre as pessoas e densifica a segurança jurídica.

Ainda, um alerta é necessário: evidentemente que o que foi referido não implica na ideia que o Código de Processo Civil atualizou o CPP. Em vários dispositivos, o CPP tem regulamentação diversa do CPC, o que faz com que as disposições civis não sejam aplicáveis no processo penal, um exemplo claro é a contagem dos prazos que mantém a contagem “contínua” e não em dias úteis (artigo 798 do CPP e 219 do CPC)<sup>469</sup>.

Além disso, a eventual regulação do sistema de precedentes no Código de Processo Penal, a par de não ser necessária para instituir a vinculação<sup>470</sup>, seria útil para que se detalhasse metodologicamente a aplicação dos precedentes no processo penal, facilitando a sua compreensão. Com certeza, isso faria com que o debate na doutrina penal florescesse, explorando as especificidades do tema.

Nesse ponto, inclusive, poder-se-ia ajustar equívocos, incompletudes e incompatibilidades que a regulamentação instituída pelo Código de Processo Civil trouxe. Uma sugestão prática feita por Marinoni, quando da tramitação do CPC, adequada para o âmbito penal parece que seria um bom caminho para se iniciar a discussão:

Da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão no âmbito penal  
Art. 1.º Os fundamentos essenciais e determinantes da decisão vinculam o Tribunal que a proferiu, assim como os juízos a ele adstritos, em todos os casos que lhes forem submetidos.

Art. 2.º Têm eficácia vinculante as decisões:

I – do Supremo Tribunal Federal, que firmarem entendimento acerca da interpretação da Constituição Federal;

II – do Superior Tribunal de Justiça, que firmarem entendimento acerca da interpretação da lei federal;

<sup>468</sup> HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno**. t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003. p. 311-312. Tradução livre: “Aplicação de normas comuns a todos os procedimentos. Serão aplicáveis ao procedimento penal, enquanto não se opuserem os dispositivos previstos neste Código ou em leis especiais, as regras comuns a todo o procedimento previsto no Livro I do Código de Processo Civil”.

<sup>469</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Reconsideração em Habeas Corpus n. 134.554/SP. Paciente: Sílvia Aparecida Martins de Oliveira e outros: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 jun. 2016. DJe 15 jun. 2016.

<sup>470</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: Da Persuasão à Vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2017. p. 68.

Art. 3.º Não têm eficácia vinculante:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para se chegar ao resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

Art. 4.º Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso de julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referendados pela maioria dos seus membros.

Art. 5.º Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.

Art. 6.º Diante de circunstâncias especiais, devidamente demonstradas e justificadas, o Tribunal poderá revogar os seus precedentes.

Parágrafo único. Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com mudanças na legislação.

Art. 7.º O Tribunal, ao revogar precedente com eficácia vinculante, terá de definir os efeitos da decisão, devendo dar-lhe efeitos prospectivos em caso de alteração maléfica ao réu ou, em caso de mudança benéfica, dar-lhe efeitos retroativos. As mudanças que versem sobre matéria meramente processual terão eficácia imediata.

Art. 8.º Em caso de não observância de decisão com eficácia vinculante, cabe reclamação ao Tribunal que a proferiu.

Par. 1º – o relator, ao admitir a reclamação, pode determinar a suspensão do processo da decisão reclamada;

Par. 2º – a decisão de procedência da reclamação cassará a decisão reclamada, determinando a prolação de nova decisão em observância à decisão vinculante.<sup>471</sup>

É preciso frisar: a vinculação do sistema de precedentes é consequência da dupla indeterminação do direito (“virada interpretativa”) e não da sua disposição textual em lei. Entretanto, isso não quer dizer que a previsão legal específica não seria útil para que houvesse uma especificação metodológica acerca da aplicação dos precedentes no processo penal, facilitando a sua compreensão e a própria operacionalização do sistema.

---

<sup>471</sup> Com alterações feitas por nós, a proposta base está em: MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 19-20 (nota de rodapé 2).

## B. OPERANDO COM O SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

### 1. As formas de vinculação: A vinculação horizontal e a vinculação vertical

Uma das grandes características do direito é voltar-se para o passado, sendo que o raciocínio com precedentes vai nesse sentido. Isso porque num sistema de precedentes vinculantes, exige-se, como regra, que os juízes e tribunais sigam os precedentes que foram formados no passado, havendo, basicamente, duas formas de vinculação em um sistema jurídico: a horizontal e a vertical <sup>472</sup>.

A vinculação (vertical e horizontal) se dá não apenas com relação ao resultado, mas, também, em face da *ratio decidendi* das decisões (razões generalizáveis). Sob o ponto de vista institucional, mesmo que os demais juízes e tribunais discordem da solução (mérito) do precedente, este deve ser seguido. <sup>473</sup>

A vinculação vertical é a mais óbvia delas e consiste na obrigatoriedade de os tribunais inferiores respeitarem e seguirem os precedentes estipulados pelos tribunais superiores (espécie de “cadeia de comando”) <sup>474</sup>. No Brasil, as Cortes que produzem precedentes no âmbito penal, por força de determinação constitucional, são o STJ (em matéria infraconstitucional, conforme artigo 105 da CR/88) e o STF (matéria constitucional, conforme artigo 102 da CR/88).

Assim, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça, bem como os juízes estaduais e federais de primeiro grau, estão vinculados aos precedentes oriundos do STJ e do STF. Essa obrigação é devida em face da engenharia institucional prevista pela Constituição Federal de 1988, em que cada um dos Tribunais e juízes têm competências jurisdicionais diferentes.

Inexiste a possibilidade das Cortes inferiores (TJ's e TRF's) e dos juízes de primeiro grau negarem aplicação aos precedentes das Cortes Supremas (STJ e STF), salvo, obviamente, quando o precedente não se amoldar ao caso (distinção). Sendo mais claro, as Cortes inferiores

---

<sup>472</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 36.

<sup>473</sup> GARNER, Bryan A., et al. **The Law of Judicial Precedent**. St. Paul: Thomson Reuters, 2016. p. 28-33.

<sup>474</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 36.

não podem superar os precedentes firmados pelas Cortes de Vértice, podendo, tão somente, distinguir os casos para não os aplicar.<sup>475 476</sup>

Se a aplicação dos precedentes pudesse ser dispensada quando as Cortes de Justiça ou os juízes de primeiro grau deles discordassem, não se poderia falar propriamente em vinculação. No máximo, seria possível falar em persuasão, o que é absolutamente incongruente com um sistema de precedentes, que tem, na sua essência, a obrigatoriedade.<sup>477</sup>

O CPC instituiu um sistema de precedentes vinculantes no artigo 927, que refere que os juízes e tribunais devem observar “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.”.

Além das várias críticas que são possíveis de serem feitas a esse artigo<sup>478</sup>, é preciso mencionar que o rol nele previsto deve ser compreendido como exemplificativo. Nesse ponto, por exemplo, as *ratio decidendi* extraídas das decisões proferidas em recursos extraordinário e especial, mesmo que não no sistema repetitivo, também devem vincular.<sup>479</sup>

Destarte, a vinculação vertical é o caso típico de aplicação do precedente, ou seja, quando o juiz inferior se encontra em um grau inferior na hierarquia institucional do Poder Judiciário. Isso ocorre, pois, a força do precedente se baseia na autoridade e na competência do órgão Judiciário que proferiu a decisão, sendo que as Cortes Supremas é que são os verdadeiros tribunais de precedentes.<sup>480</sup>

---

<sup>475</sup> No mesmo sentido de raciocínio (em que pese também apresente críticas a essa visão): CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817–873, 1994. p. 818.

<sup>476</sup> Excepcionalmente pode haver a superação antecipada (“*anticipatory overruling*”) feita pela Corte de Justiça, que se dá com a antecipação da provável revogação do precedente pela Corte Suprema, havendo requisitos próprios para tanto como vemos mais à frente no item 3.

<sup>477</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 84.

<sup>478</sup> Misturou categorias diversas: súmulas, decisões com natureza *erga omnes* (IRDR e IAC) e precedentes. Quanto a isso: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 285-288.

<sup>479</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287-288.

<sup>480</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 717.

A vinculação dos tribunais aos precedentes no sistema de *common law* é chamada *stare decisis*<sup>481</sup>, que significa “estar de acordo com ou aderir aos casos já julgados”. Assim, na medida em que um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos fatos considerados relevantes do ponto de vista do direito, essa regra deve ter aplicação nos casos futuros.<sup>482</sup>

É preciso dizer que, nos Estados Unidos, as decisões da Suprema Corte têm autoridade sobre a magistratura e uma das razões para tanto é justamente a hierarquia institucional daquele Tribunal. Lá, como aqui no Brasil, não há regra textual expressa que exija a vinculação dos tribunais inferiores.

O fundamento textual (constitucional) ou formalista da tese hierárquica da vinculação dos precedentes nos Estados Unidos é o artigo 3º da Constituição norte-americana<sup>483</sup>. Esse dispositivo aponta que, na engenharia institucional do Poder Judiciário americano, será criada uma Suprema Corte e os demais tribunais serão “inferiores” com relação a ela.<sup>484</sup>

A base dessa tese é a lógica do caminho revisional do sistema jurisdicional, com as cortes superiores podendo revisar a decisão das cortes inferiores (hierarquia funcional).<sup>485</sup> Sucede que esta fundamentação, por si só, é insuficiente ou incompleta, uma vez que, como já mencionado, a Constituição brasileira de 1988 revela que são as Cortes Supremas que devem outorgar unidade ao direito em matéria constitucional e infraconstitucional frente à dupla indeterminação do direito.

Já a vinculação horizontal diz respeito à vinculação do próprio tribunal que produz o precedente de segui-lo, aqui há uma hierarquia artificial entre o antes e o depois. O precedente formado no passado vale e, como regra, deve ser seguido pelo tribunal, mesmo que a composição da corte tenha se alterado ou mesmo que o entendimento dos juízes tenha mudado ao longo do tempo.<sup>486</sup>

<sup>481</sup> A expressão completa é *stare decisis et non quieta movere*.

<sup>482</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 310-311.

<sup>483</sup> “Article III - Section 1 - The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their offices during good behaviour, and shall, at stated times, receive for their services, a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.” Tradução livre: “Artigo III - Seção 1 - O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente criados e implantados por determinação do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.”

<sup>484</sup> CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994. p. 824.

<sup>485</sup> CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994. p. 824-825.

<sup>486</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 37. Nesse ponto Schauer aponta que a vinculação horizontal deve ser chamada de *stare decisis*, que significa “mantenha-se o que foi decidido”.

A justificativa para as cortes seguirem os seus próprios precedentes (autoprecedente) decorre da necessidade de igual tratamento para casos idênticos (similares). Se a corte rotineiramente trocasse de orientação, isso, com certeza, enfraqueceria a sua própria autoridade institucional e violaria o princípio da igualdade de todos perante o direito.<sup>487</sup>

Sabe-se que há a possibilidade de *overruling* (superação do precedente), porém o grande problema é quando as cortes alteram seu entendimento com frequência exagerada, de maneira aleatória e desprovido de uma justificação robusta. Por isso, é necessário que as Cortes Supremas internalizem uma política do precedente, que leve a uma cultura de respeito aos seus próprios precedentes.<sup>488</sup>

É nítido que o efeito vinculante dos precedentes tem como vantagem a economia de recursos (evita gastos desnecessários), com ganho em celeridade da justiça como um todo. E mais, na medida em que se densifica o sentido dos comandos legais (dispositivos), ganha-se em segurança jurídica (cognoscibilidade do direito).

Ainda, há um prestígio ao princípio da igualdade, consubstanciado no tratamento igualitário de situações similares (“*treat like cases alike*”). Ademais, maximiza-se a liberdade, na medida em que as pessoas podem se autodeterminar tendo em vista que passam a saber a consequência de suas ações.

Por fim, para que o sistema de vinculação funcione a contento, é preciso que haja um sistema de divulgação e publicação das decisões que seja um canal oficial para consulta a fim de aplicação futura<sup>489</sup> (na esteira do artigo 979 do CPC). O que, no Brasil, vem começando a ser feito a partir dos sites das Cortes Supremas que estão disponíveis na rede mundial de computadores.

## 2. *Ratio decidendi e obiter dictum*

Uma questão importante é saber o que realmente vincula em um precedente. A diferença entre *ratio decidendi*<sup>490</sup> e *obiter dictum* está baseada na separação da parte obrigatória da parcela

<sup>487</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 718.

<sup>488</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 719.

<sup>489</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 312.

<sup>490</sup> No sistema jurídico norte-americano é mais comum o termo *holding*. Apontando que *ratio decidendi* e *holding* são termos próximos, mas diferentes, ver: SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 54-55.

não obrigatória da fundamentação de uma decisão, o que tem imprescindível relevância para que se possa trabalhar com uma teoria dos precedentes.<sup>491</sup>

Como referido, os tribunais devem, como regra, obediência aos precedentes passados, tratando situações idênticas que ocorrem no presente de maneira igual, de acordo com o que já foi decidido, ou seja, dando as mesmas respostas às questões jurídicas similares. A grande questão é saber como fazer a identificação do precedente aplicável e qual é a *ratio decidendi* (regra ou razões de decisão) nele expressa<sup>492</sup>.

Em face de não se ter a cultura de seguir precedentes vinculantes nos sistemas de *civil law*, os conceitos de *ratio decidendi* e *obter dictum* pouco se desenvolveram, diferentemente do que ocorreu na *common law*<sup>493</sup>. O Brasil não é uma exceção nesse sentido, também tendo evoluído pouco nessa matéria (o que começou a mudar nos últimos tempos em face de novos estudos sobre o tema e da normatização legal).<sup>494</sup>

A diferenciação da *ratio decidendi* e *obter dictum* é uma maneira de classificação dos argumentos jurídicos presentes em uma decisão, permitindo que se possa, a partir da identificação das razões fundamentais, proceder a aplicação futura para outros casos a partir da sua generalização. A identificação desses elementos se dá a partir da análise da fundamentação dos julgados das Cortes Supremas (STJ e STF).

Em uma primeira aproximação, podemos dizer que a *ratio decidendi* consiste nas premissas necessárias para se chegar a uma dada decisão (cerne da decisão). De outro lado, os argumentos que são referidos de passagem (lateralmente), ou seja, que não são indispensáveis para a manutenção do julgado, são denominados de *obter dicta*.<sup>495</sup>

De modo mais refinado, podemos dizer que a *ratio decidendi* é a tese jurídica ou a interpretação do texto normativo expresso na decisão (norma de decisão). A base para se extrair a *ratio* de uma decisão é a fundamentação do julgado, que, igualmente, contém a menção a pontos periféricos que não são necessários à decisão do caso.<sup>496</sup>

<sup>491</sup> CROSS, Rupert [1912-1980]; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004 [1961]. p. 40-41.

<sup>492</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 37 e 44.

<sup>493</sup> MARSHALL, Geoffrey. "What is Binding in a Precedent". In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). **Interpreting Precedents**: a Comparative Study. Dartmouth: Ashgate, p. 503-517, 1997. p. 506.

<sup>494</sup> MACÊDO, Lucas Buriel de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC**: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3. p.215-238. p. 216.

<sup>495</sup> PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80-81.

<sup>496</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

Rupert Cross refere que a *ratio decidendi* de um caso é “qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para atingir a sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele (...)”<sup>497</sup> (tradução livre). Pode se perceber que esse conceito proposto é bastante aberto e abrangente, possibilitando que se tenham considerações críticas a seu respeito.

Assim, já se percebe que não é todo o texto da (fundamentação da) decisão judicial que servirá como precedente. Por exemplo, as digressões de como a legislação se desenvolveu até a data da decisão ou mesmo considerações mais espirituosas (como a menção a trechos de poesia ou de literatura) são argumentos de passagem não vinculantes.<sup>498</sup>

Nesse particular, a *ratio decidendi* (ou os fundamentos determinantes de uma decisão) exprime não somente uma tese de direito, mas, para além disso, a racionalidade da tese frente a uma dada moldura fática. Essa é uma grande diferença entre o precedente e a súmula (ao menos como pensada originalmente, como um resumo da tese desvinculada das circunstâncias de fato).<sup>499</sup>

A partir desse precisamento de conceitos, é possível ter-se uma noção sobre o significado de *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Entretanto, é preciso saber identificar o que é cada um deles em uma dada decisão, algo crucial para que o sistema de precedentes funcione e, certamente, uma questão que não é de resposta simples.

Não há, no *common law*, acordo sobre qual é o método de identificação da *ratio decidendi*, existindo algumas teorias importantes a respeito desse tema. Duas teorias relevantes nessa discussão são o “teste de Wambaugh” e o método de Goodhart.

De acordo com o “teste de Wambaugh”, a *ratio decidendi* seria, basicamente, uma proposição de direito (“*proposition of law*”) em uma decisão que, caso tivesse seu sentido invertido, alteraria o resultado do julgamento. Assim, sendo a proposição invertida e não gerando alteração na decisão, trata-se de *obiter dictum*.<sup>500</sup>

Ocorre que esta concepção sofreu críticas em razão de que desconsiderou uma questão fulcral. É o caso de uma decisão ser fundamentada com dois argumentos distintos que, separadamente, conduzem à igual solução, pois, se utilizado o “teste Wambaugh”, o resultado

<sup>497</sup> CROSS, Rupert [1912-1980]; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. ed. [1. ed. 1961] Oxford: Clarendon Press, 2004. p. 72. No original: “any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him (...)”.

<sup>498</sup> GARNER, Bryan A., et al. **The Law of Judicial Precedent**. St. Paul: Thomson Reuters, 2016. p. 44.

<sup>499</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287. Hoje, como já mencionado, o CPC alterou os contornos da súmula com o artigo 926, § 2º, que as liga com as circunstâncias de fato. No ponto, Marinoni critica em face da desnecessidade das súmulas frente a uma teoria dos precedentes.

<sup>500</sup> WAMBAUGH, Eugene [1856-1940]. **The Study of Cases**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894. p. 17-18.

da decisão não seria alterado (com a inversão de sentido de um dos fundamentos) e ambos seriam considerados erroneamente como *obiter dicta*.<sup>501</sup>

Alguns anos mais tarde, Goodhart, apontando para a dificuldade de definição da *ratio decidendi* no direito inglês, busca fornecer um método mais eficaz para estabelecê-la. Para isso, dando uma maior ênfase aos fatos, ele enuncia algumas regras para que se identifique a *ratio* nos precedentes.<sup>502</sup>

De acordo com Goodhart, a *ratio decidendi* (ou o “*principle of law*”) não é encontrada nas razões do juiz (que pode derivar de erros de interpretação ou até má-fé) ou na proposição de direito estabelecida (que pode ser abrangente ou sintética demais). Para ele, a *ratio* é identificada a partir da consideração dos fatos materiais da causa, ou seja, aqueles fatos que realmente foram levados em conta pelo juiz para decidir (“*which the judge has based his conclusion*”).<sup>503</sup>

A grande questão é como distinguir os fatos materiais e imateriais. Uma primeira consideração é que fatos relacionados com pessoas, tempo, lugar, espécies e valor são, presumidamente, imateriais, tendo em vista que a regra jurídica é igual para todos, em todos os tempos e em todos os lugares sujeitos a uma jurisdição.<sup>504</sup>

Com exceção a esses fatos, os demais podem ser considerados como materiais e, a melhor forma para saber se eles foram considerados pelo juiz, é a verificação da menção no relatório e a análise de se o juiz os considerou como relevantes. Isso pode ser feito de maneira expressa ou implícita, o que vai levar a discussão sobre a materialidade do fato para os casos que examinam a decisão anterior como precedente.<sup>505</sup>

Como ilustração, Goodhart cita, dentre outros, o caso *People v. Vanderwarter* (1928), em que o réu foi acusado e condenado por perturbação da ordem pública, em razão de ser proprietário de um bar ilegal. Dois fatos formam alegados: o primeiro, que o lugar causava desordem e barulho (fato imaterial), e, segundo, que o bar era ilegal (fato material).<sup>506</sup>

---

<sup>501</sup> DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 76-77.

<sup>502</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 164.

<sup>503</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 168-170.

<sup>504</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 169-170.

<sup>505</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 170-171.

<sup>506</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 174.

Logo, o precedente vinculante surgido nesse caso deve ser aplicado aos casos futuros mesmo que o lugar não cause barulho e desordem. Conforme foi estabelecido no julgamento, independente de causar desordem, se o local que venda bebidas for ilegal, pode haver responsabilização por perturbação da ordem pública.<sup>507</sup>

Então, a *ratio decidendi* para Goodhart seria a regra jurídica definida pelo juiz para julgar o caso da maneira que ele o fez, ou seja, de acordo com os fatos materiais. Já *obiter dicta* seriam as conclusões baseadas em fatos hipotéticos (qualquer fato cuja existência não foi aceita ou determinada pelo juiz) não essenciais.<sup>508</sup>

Schauer critica a posição de Goodhart apontando como de pouca valia, pois sozinhos os fatos e o resultado não vão fornecer as razões de decisão do tribunal que formou o precedente. Isso em razão de que a identificação dos fatos não especificará a generalidade com que eles devem ser compreendidos, sendo, assim, indispensável que uma regra jurídica diga qual é o grau de generalização necessário.<sup>509</sup>

Como exemplo de *ratio decidendi* (ou *holding*), Schauer aponta, a partir da leitura do caso *International Shoe Co. v. Washington* (1945), a possibilidade dos estados exercerem jurisdição pessoal sobre réus que estejam fora do seu âmbito de competência. A Suprema Corte Americana entendeu que, para isso, é preciso que o estado tenha contato mínimo com o réu (regra jurídica).<sup>510</sup>

É possível dizer que, nesse caso específico, a Corte concluiu que havia contatos mínimos entre os réus (que eram vendedores) e a cidade de Washington (local em que haviam feito negócios). Houve a combinação da exigência de contatos mínimos com a necessidade de garantir a ampla defesa dos réus, que seria prejudicada se estes não tivessem qualquer ligação com o estado.<sup>511</sup>

Portanto, a *ratio decidendi* seria a regra jurídica que, quando aplicada aos fatos específicos do caso, determina um certo resultado. O iter de decisão de um julgamento se dá com a afirmação da regra de direito aplicável (aqui se insere a verificação da existência de

<sup>507</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 174.

<sup>508</sup> GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, p. 161-183, dez. 1930. p. 182-183.

<sup>509</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 51-54.

<sup>510</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 55.

<sup>511</sup> SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 55.

precedente sobre a matéria), a aplicação dessa regra (da *ratio decidendi*, por exemplo) aos fatos da causa e, por último, com a proclamação de um resultado.<sup>512</sup>

Em resumo, a partir dos fatos apontados pela lei como materiais, será possível identificar as razões de decisão expressas pelo Tribunal. Em boa parte dos casos, as próprias cortes apresentarão a discriminação dos fatos e a solução do caso com as razões que a levaram a um dado entendimento, o que facilita o trabalho.

### 3. Distinções e superações

Os conceitos de distinção e superação são essenciais para que se possa operar como o sistema de precedentes, compreendê-los é uma medida indispensável. Isso porque mesmo após conhecer qual é a *ratio decidendi* de um dado caso passado (precedente), é preciso perquirir se esta é aplicável ao caso em exame, bem como se existem razões relevantes para superá-la (total ou parcialmente).

Importante dizer que a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*) não afastam a eficácia vinculante *in abstracto* dos precedentes, mas, pelo contrário, elas pressupõem a vinculação.<sup>513</sup> Na distinção, o precedente simplesmente não rege a hipótese e, na superação, em face de razões específicas, ele não mais deve ser aplicado.

Aqui, inicialmente, é preciso lembrar que não há dois eventos ou casos exatamente iguais, mas o que se tem é tão somente similaridades entre eles, uma vez que, ao menos as partes variarão. Portanto, para se saber se um precedente é aplicável a um caso em exame, é preciso determinar se existe similaridade relevante entre eles, pois, só assim, se estará obrigado a aplicar o precedente<sup>514</sup>.

Além disso, a fim de que o sistema jurídico possa evoluir e não ficar engessado em face das novas contingências sociais e da necessidade de atualização, existem formas de mudança dos precedentes quando houver relevantes razões para tanto. No ponto, os precedentes podem ser alterados de forma integral (*overruling* ou superação) ou parcial (*overturning*), sendo que, nesse último caso, podem ser reescritos (*overriding*) ou transformados (*transformation*).<sup>515</sup>

A Suprema Corte estadunidense, como já referido, por várias razões, com frequência, revoga seus precedentes, mesmo que isso venha gerando críticas por parte da doutrina em

<sup>512</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 55.

<sup>513</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

<sup>514</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 44.

<sup>515</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.101.

relação à consistência das revogações<sup>516</sup>. Os exemplos na história da Suprema Corte são os mais variados, como *Brown v. Board of Education* (1954), que superou o precedente firmado em *Plessy v. Ferguson* (1896), declarando a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas (“*separate but equal doctrine*”)<sup>517</sup>.

Nesse sentido, a superação (*overruling*), como vimos, também já é algo assente no âmbito do direito inglês, uma vez que a *House of Lords* admite a possibilidade de superação de precedentes desde 1966 (*Practice Statement*), o que foi consolidado posteriormente, inclusive no âmbito do direito penal. Isso ficou claro no caso *Regina v. Shivpuri* (1986), que foi paradigmático em termos de superação de precedentes em matéria criminal, senão vejamos a cronologia.<sup>518</sup>

Em 1975, a *House of Lords* decidiu o caso *Regina v. Smith* (1975), em que a acusação era referente à tentativa de manusear ou negociar produtos roubados. Durante o processo, foi demonstrado que, embora o acusado acreditasse que os objetos haviam sido roubados, na verdade, eles não tinham sido subtraídos, sendo, assim, a conduta considerada como crime impossível e, portanto, a *House of Lords* decidiu pela absolvição.<sup>519</sup>

Em 1981, foi editado pelo Parlamento britânico o *Criminal Attempts Act*, que previa na seção 1, item 2 que “Uma pessoa pode ser condenada por tentativa de cometimento de um crime, previsto nessa seção, ainda que os fatos sejam de tal modo que a consumação seja impossível.”<sup>520</sup>(tradução nossa). A Comissão legislativa publicou uma exposição de motivos acerca das situações que pretendia abarcar, referindo exatamente a situação em que o acusado estaria com objetos que supunha roubados, mas que, na verdade, não o teriam sido (*Law Commission* n° 102 de 1980, *Explanatory Notes, clause 1, 4*).<sup>521</sup>

<sup>516</sup> No ponto: BURTON, Steven J. The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication. **Cardozo Law Review**, v. 35, p. 1687-1713, 2014. Especialmente: “Without a sound theory of overruling, a paradox results: A supreme court must follow its precedents but, in any case, it can overrule them”. (p. 1688). Tradução livre: “Sem uma sólida teoria da superação, resulta um paradoxo: A Suprema Corte deve seguir seus precedentes, mas, em qualquer caso, pode superá-los.”.

<sup>517</sup> Para um aprofundamento dessa discussão, ver: KIZER, Benjamin H. The Impact of *Brown v. Board of Education*. **Gonzaga Law Review**, vol. 2, p. 1-18, 1967.

<sup>518</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 21.

<sup>519</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 21.

<sup>520</sup> No original “A person may be guilty of attempting to commit an offence to which this section applies even though the facts are such that the commission of the offence is impossible”.

<sup>521</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 21.

Já em 1985, a *House of Lords* julgou o caso *Anderton v. Ryan* (1985), no qual a acusada havia adquirido um equipamento de vídeo que acreditava ter sido objeto de roubo, por essa razão, sonou das autoridades a informação de quem o havia comprado. Com base no *Criminal Attempts Act* de 1981, foi feita a acusação, sendo que a *House of Lords*, em que pese a nova legislação, absolveu a ré, uma vez que não se provou o roubo e a mera intenção não bastava para a condenação (ato preparatório impunível), mencionando, também, que uma interpretação literal da legislação levaria ao absurdo.<sup>522</sup>

No caso *Regina v. Shivpuri* (1986), julgado em 1986, a acusação era de que o réu havia tentado traficar droga, que pensava ser heroína, mas, na verdade, era uma substância vegetal inofensiva. A acusação foi feita com base no *Criminal Attempts Act*, sendo que a *House of Lords*, nesse caso, manteve a condenação por tentativa de tráfico.

A *House of Lords*, por maioria, entendeu que o precedente firmado em *Anderton v. Ryan* (1985) estava errado e deveria ser superado. Utilizando o *Practice Statement* de 1966, considerou que poderia haver a superação do precedente, mesmo no direito penal, em razão de ter ocorrido um sério erro que distorceu o direito, decorrente da errônea interpretação da alteração legislativa operada em 1981 e, com isso, haveria baixa probabilidade de alguém ter considerado a conduta como impunível.<sup>523</sup>

Assim, as condições para que os precedentes possam ser superados são a mudança das condições em que foram proferidos, por meio de alteração legal ou constitucional, ou ainda, em razão da mudança dos valores assumidos pela sociedade.<sup>524</sup> Mitidiero aponta que “a superação total de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e da sua consistência sistêmica ou a um evidente equívoco na sua solução”<sup>525</sup>.

A superação dos precedentes é possível, entretanto, quando se torna muito frequente ou se dá com fundamentação insuficiente (pouca ou nenhuma), converte-se em um problema<sup>526</sup>.

<sup>522</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 22. Para uma crítica veemente sobre a decisão da Corte, mormente acerca da desconsideração da legislação: WILLIAMS, Glanville. The Lords and Impossible Attempts, or Quis Custodiet Ipsos Custodes? **The Cambridge Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 33-83, 1986.

<sup>523</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 22-23.

<sup>524</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37. p. 22-23.

<sup>525</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

<sup>526</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007. p. 721.

Isso porque gera insegurança acerca da interpretação jurídica que deve ser seguida como orientação.

Outro ponto que é debatido na *common law* é a possibilidade de superação antecipada de precedentes das Cortes Supremas pelas cortes de apelação. Esse fenômeno é chamado de *anticipatory overruling*, que consiste em antecipar uma futura revogação de precedente pela Corte de Vértice.<sup>527</sup>

Nos Estados Unidos, essa prática ocorre desde 1981 (o *leading case* foi *United States v. City of Philadelphia*, julgado pelo *U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*), quando as cortes de apelação passaram, excepcionalmente, a superar precedentes da Suprema Corte em razão da previsão de que estes em breve seriam revogados<sup>528</sup>. Na verdade, o correto é dizer que as cortes inferiores deixam de aplicar o precedente que está em vias de ser superado<sup>529</sup>.

Basicamente, os fundamentos utilizados para a superação antecipada são: desgaste do precedente pela própria Suprema Corte, mas sem revogá-lo, percepção de uma tendência na Corte de Vértice de que o precedente será revogado e indicação da Suprema Corte que ela está somente esperando o melhor momento para superar o precedente. Além disso, outros fatores podem ser elencados, como: a mudança na composição da Corte faz crer que o precedente será revogado, a percepção de que a Suprema Corte se equivocou quando da elaboração do precedente e a aplicação prática do precedente não tem sido a esperada.<sup>530</sup>

Como exemplo, poderíamos citar o caso *Rowe v. Peyton*, julgado em 1967 pela *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, no qual se superou um precedente anterior da Suprema Corte em matéria penal. No caso, a Corte de apelação entendeu, com base em decisões mais recentes da própria Corte de Vértice, que a utilização do *habeas corpus* havia se alargado e, portanto, seria aplicável também para questionar sentenças que ainda não estavam sendo executadas.<sup>531</sup>

Em que pese a doutrina considerar legítima a superação antecipada (com caráter excepcional), a Suprema Corte americana não se manifestou expressamente sobre a legitimidade dessa prática. O silêncio da Corte pode servir como um fator de limitação do fenômeno a casos realmente excepcionais.<sup>532</sup>

<sup>527</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 231-234.

<sup>528</sup> KNIFFEN, Margaret N.. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, vol. 51, p. 53-89, 1982. p. 53.

<sup>529</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

<sup>530</sup> KNIFFEN, Margaret N.. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, vol. 51, p. 53-89, 1982. p. 53-54.

<sup>531</sup> KNIFFEN, Margaret N.. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court of Appeals. **Fordham Law Review**, vol. 51, p. 53-89, 1982. p. 55-57 e 61-62.

<sup>532</sup> KNIFFEN, Margaret N.. Overruling Supreme Court Precedents: Anticipatory Actions by United States Court

No Brasil, teria muito pouco espaço para se utilizar a doutrina da revogação antecipada de precedentes, isso em razão de que o acesso aos Tribunais Superiores é muito mais fácil do que nos Estados Unidos. Mesmo assim, frente a um evidente desgaste do precedente, excepcionalmente, um Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal podem deixar de aplicá-lo, desde que o façam de maneira fundamentada e demonstrado concretamente o motivo da superação (o ônus argumentativo é alto).<sup>533</sup>

Ainda, é preciso referir que, em termos pragmático-aplicativos, os precedentes devem ser identificados (interpretados), considerados e aplicados (se for o caso, comparando-se os casos). A distinção vai operar no âmbito da aplicação do precedente, sendo a forma de não o aplicar quando ele simplesmente não reger a hipótese.

A distinção (*distinguishing*) ocorrerá, basicamente, quando houver diferença entre os casos, não havendo incidência do precedente (“*inapplicable law*”). Dar-se-á quando houver diferenças fáticas ou se demonstrar que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso em exame, sendo que, para que haja, de fato, diferença, é preciso que se leve em consideração os fatos materiais ou essenciais.<sup>534</sup>

Nesse ponto, podemos dizer que a distinção permite que se demonstre que o caso em exame não se amolda a um determinado precedente. O CPC, incorporando essa técnica no direito brasileiro, positivou expressamente o mecanismo da *distinguishing* nos seguintes artigos: 489, § 1º, VI, 927, § 1º e 1.037, § 9º.

É preciso salientar que nenhum caso é absolutamente- igual ao outro, sendo que, ao menos as partes e a cronologia dos eventos serão diferentes. Por essa razão que a aplicação dos precedentes se dá quando houver relevantes semelhanças ou identidade essencial entre os casos em exame.<sup>535</sup>

Como forma de ilustrar de maneira prática os conceitos de relevantes semelhanças e identidade entre casos, apontam-se os casos *MacPherson v. Buick Motor Company* (1916), julgado pela *New York Court of Appeals* e *Donoghue v. Stevenson* (1932), decidido pela *House of Lords*. Em ambos, demonstra-se que não se exigiria identificação total entre os casos, mas, sim, uma identidade comum entre os fatos materiais.<sup>536</sup>

---

of Appeals. **Fordham Law Review**, vol. 51, p. 53-89, 1982. p. 55-57 e 60-61.

<sup>533</sup> No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 269.

<sup>534</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 261.

<sup>535</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 101.

<sup>536</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 45. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 117-118.

Com um nível acentuado de particularismo, a decisão, no caso *MacPherson v. Buick Motor Company* (1916), definiu que a *Buick Motor Company*, uma fabricante de automóveis de passeio, seria responsável, perante um comprador de um carro da marca *Buick*, por danos causados por rodas defeituosas que haviam sido produzidas por outra empresa, mas incorporados pela *Buick* na sua fabricação. Assim, mesmo sem vínculo contratual entre a fabricante do pneu e o comprador do carro houve responsabilização.<sup>537</sup>

O que foi decidido no caso acima narrado pode ser aplicado com facilidade para um outro caso envolvendo um Toyota com o mesmo defeito, por exemplo. Da mesma forma, a *ratio* desse precedente também poderia ser aplicada a um caso que envolvesse outras partes defeituosas do carro.<sup>538</sup>

Já no caso *Donoghue v. Stevenson* (1932)<sup>539</sup>, uma consumidora, a senhora Donoghue, estava em um café na Escócia, quando seu acompanhante pediu uma cerveja de gengibre para ela. A consumidora tinha bebido metade do copo e o proprietário do estabelecimento encheu-o mais uma vez, quando pedaços de caramujo rolaram da opaca garrafa de cerveja.<sup>540</sup>

A aparência e o cheiro do caramujo em decomposição causaram profundo desconforto na referida senhora que, posteriormente, processou o fabricante da cerveja de gengibre (que era responsável pelo engarrafamento). Nesse caso, se fossem sujeitos à mesma jurisdição, *MacPherson* poderia servir como precedente para decisão do caso da senhora Donoghue?<sup>541</sup>

Esta discussão tem se estendido no âmbito da *common law*, apontando-se que o caso precedente é aplicável não somente para casos iguais, mas também para casos semelhantes (que envolvam fatos essenciais similares). Nos dois casos acima narrados, não há nada de “naturalmente” similar, pois se está tratando, de um lado, de um recipiente opaco, contendo uma substância estranha e, de outro, uma roda defeituosa.<sup>542</sup>

Entretanto, as situações têm em comum o fato de serem transações de consumo e que, nos dois casos, um defeito (não aparente) trouxe prejuízo ao consumidor. Vê-se, claramente,

---

<sup>537</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 45. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 118.

<sup>538</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 45.

<sup>539</sup> MARSHALL, Geoffrey. “What is Binding in a Precedent”. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). **Interpreting Precedents: a Comparative Study**. Dartmouth: Ashgate, p. 503-517, 1997. p. 504-505.

<sup>540</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 46.

<sup>541</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 46.

<sup>542</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 46.

que o porquê das decisões é idêntico, ou seja, a *ratio decidendi* (fundamentos da decisão) é a mesma.<sup>543</sup>

Assim, nos casos narrados no exemplo acima (caso pretérito e caso futuro) não haveria que se falar em distinção, mas, sim, em aplicação do precedente. Caso o precedente não fosse aplicado, certamente estaríamos frente a um equívoco de julgamento, tendo em vista a vinculatividade desse.

#### **4. O Incidente de Demandas Repetitivas (IRDR), os Recursos Especial e Extraordinário repetitivos, e o Incidente de Assunção de Competência (IAC) em matéria penal**

O CPC de 2015 buscou otimizar o julgamento de casos idênticos, para tanto, instituiu o incidente de demandas repetitivas (IRDR) e o sistema de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos. Ainda, foi previsto o Incidente de Assunção de Competência, que tem como objetivo principal evitar ou compor a divergência entre órgãos fracionários dos tribunais ou fixar a orientação das cortes sobre relevante questão de direito.

Não se tratam de instrumentos para a formação de precedentes, sendo o IRDR e o sistema de recursos repetitivos técnicas de resolução de casos com múltipla incidência, ou seja, de gestão de processos<sup>544</sup>. Da mesma forma, o IAC, que é, originariamente, uma técnica de composição de divergência.

O tratamento em conjunto justifica-se em razão de que esses institutos foram criados para dar tutela à segurança jurídica, tendo em vista que possibilitam o fomento da confiança nas decisões do Poder Judiciário por meio da definição da orientação do respectivo tribunal<sup>545</sup>. São mecanismos que buscam a uniformidade do entendimento das cortes, sendo, portanto, complementares.

As demandas repetitivas podem ser consideradas uma anomalia do sistema jurídico, pois nada justifica que uma mesma questão seja examinada *ab initio* diversas vezes pelo Judiciário pelo simples fato de existirem partes diversas. De regra, os efeitos da coisa julgada

<sup>543</sup> SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 47.

<sup>544</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 453-467. p. 465.

<sup>545</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. III. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 655-656.

se dão apenas em relação às partes, podendo acarretar que situações idênticas sejam julgadas de maneira diversa.<sup>546</sup>

A fim de fazer frente a essa realidade, o ordenamento jurídico brasileiro buscou viabilizar instrumentos necessários para racionalização dos julgamentos. Dentre eles, podemos citar a forma de julgamento dos recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>547</sup>

O incidente de demandas repetitivas é cabível quando houver efetiva repetição de processos (múltiplos) que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (não pode haver controvérsia fática) e, ainda, cumulativamente, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (artigo 976 do CPC). Normalmente, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito violam a igualdade, bem como a segurança jurídica (cognoscibilidade, estabilidade e confiança).

Trata-se de um instrumento de gestão de casos repetitivos, contudo, não de formação de precedentes. Isso porque o IRDR se volta para o discurso do caso concreto, criando uma solução para a questão que se encontra em várias ações pendentes, além de ser julgado pelos tribunais de segundo grau (TJ's e TRF's).<sup>548</sup>

É inevitável que o Poder Judiciário seja instado reiteradamente a se manifestar sobre a mesma questão de direito e ainda não exista um precedente das Cortes Supremas sobre a matéria e, assim, ocorram decisões contraditórias. Quando essas respostas jurisdicionais importarem risco acerca de qual é a orientação jurisdicional sobre a conduta que se deve tomar (interpretação adequada da questão de direito), estará presente o risco à isonomia e à segurança jurídica<sup>549</sup>.

Quanto ao procedimento, o pedido de instauração do IRDR será requerido ao presidente do respectivo tribunal pelo juiz ou relator, de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública (artigo 977 do CPC) e somente poderá ter prosseguimento caso inexista recurso repetitivo pendente de julgamento nos Tribunais Superiores (artigo 976, § 4º do CPC)<sup>550</sup>.

<sup>546</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 576.

<sup>547</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 577.

<sup>548</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 70-72. Em sentido diverso, entendendo que serve para formação de precedentes e tem cabimento nos Tribunais Superiores: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. III. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 591.

<sup>549</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 913-914.

<sup>550</sup> O juízo de admissibilidade será feito pelo órgão colegiado com competência para julgar o IRDR e não pelo relator (art. 932 do CPC).

O julgamento do incidente caberá ao órgão do tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência, que o julgará e fixará a tese jurídica, além de decidir o recurso que deu origem ao incidente (artigo 978 do CPC).

Se o incidente for admitido, isso implicará na suspensão dos processos pendentes no estado ou na região pelo prazo de até um ano (prorrogável por decisão do relator), facultado o pedido de informações aos órgãos em que tramitam os processos nos quais se discute o mesmo objeto do incidente (artigos 980 e 982, ambos do CPC). Havendo fixação da tese jurídica, essa será aplicada aos processos individuais que versem sobre a questão de direito objeto do incidente na área de jurisdição do tribunal, inclusive no âmbito dos juizados especiais e, em casos futuros, salvo se houver revisão da tese consolidada (artigo 985 do CPC). A inobservância da tese fixada desafiará a utilização de reclamação (artigo 985, § 1º do CPC).

A revisão da tese firmada em IRDR poderá ocorrer de ofício, pelo tribunal, ser requerida pelas partes, pelo MP e pela Defensoria Pública (artigo 986 do CPC). A decisão do incidente poderá ser impugnada por meio de RE e/ou REsp, os quais terão efeito suspensivo automático, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente debatida (artigo 987, *caput* e § 1º do CPC).

Apreciando o mérito do recurso, a tese jurídica firmada pelo STJ ou pelo STF será aplicada em todo o território nacional aos processos penais que versem sobre questão idêntica de direito (artigo 987, § 2º do CPC). Aqui, da mesma forma, caso a decisão adotada pelos Tribunais Superiores for desrespeitada, caberá reclamação à respectiva Corte (artigo 988, IV do CPC).

Importante ter em conta que a decisão do IRDR ao resolver questão de direito não pode ser vista como um precedente, mas, sim, como uma decisão que proíbe a relitigação do tema definido nas demandas repetitivas, afetando os litigantes que estão na mesma situação.<sup>551</sup> Mormente porque é julgado no âmbito das Cortes de Apelação.

É possível defender a aplicabilidade do incidente de demandas repetitivas no âmbito processual penal, com a ressalva para as peculiaridades dessa seara<sup>552</sup>. Nesse ponto, quanto à suspensão dos processos (artigo 982 do CPC), esta poderia afastada em casos penais quando

---

<sup>551</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15.

<sup>552</sup> LIMA, Marcellus Polastri; TORRES, João.G. Gualberto. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC**: Processo Penal. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506. p. 488-489.

houvesse riscos, seja de prescrição da pretensão punitiva, seja de manutenção de réu preso de forma indevida (inclusive nos casos de excesso de prazo).

Um exemplo de questão que poderia ser submetida à IRDR seria a possibilidade de remição em razão de atividade laborativa fora do estabelecimento prisional (caso não tivesse sido julgada por meio de recurso repetitivo). A questão foi julgada pelo STJ em recurso repetitivo<sup>553</sup>, mas nada impediria que fosse definida através de um incidente de demandas repetitivas.

Ocorre que é problemática a questão da afetação de maneira negativa da coisa julgada *erga omnes* formada no incidente se não houver a participação de um ente que faça efetivamente ouvir os argumentos dos litigantes excluídos, sobretudo no campo penal. Assim, não havendo a participação de alguém que possa, de fato, representar os excluídos, o próprio IRDR pode ter sua constitucionalidade questionada<sup>554</sup>.

Os tribunais já estão enfrentando o tema do cabimento do IRDR no âmbito penal. Recentemente o TRF da 4ª Região entendeu que o incidente é inadmissível, uma vez que no processo-crime não se debateriam questões unicamente de direito, mas basicamente questões de fato e que, além disso, no IRDR há previsão de suspensão dos processos pendentes, não existindo previsão legal para a suspensão da prescrição penal<sup>555556</sup>.

---

<sup>553</sup> RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. APENADO EM REGIME SEMIABERTO. REALIZAÇÃO DE TRABALHO FORA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REMIÇÃO DE PARTE DA PENA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Recurso Especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. TESE: É possível a remição de parte do tempo de execução da pena quando o condenado, em regime fechado ou semiaberto, desempenha atividade laborativa extramuros. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.381.315/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: José Jerônimo Alves Ferreira. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 13 maio 2015. DJe 19 maio 2015.)

<sup>554</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 15-16.

<sup>555</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Incidente de Demanda Repetitiva n. 5046424-07.2016.404.0000. Quarta Seção. Relatora Cláudia Cristina Cristofani, DJe 25 abr 2017.

<sup>556</sup> Em sentido análogo, decidiu o TRF da 3ª Região: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Quarta Seção, Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas n. 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. Mauricio Kato, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 05 maio 2017. *In verbis* “O Código de Processo Civil pode ser aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal: “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”. No entanto, o incidente de resolução de demandas repetitivas, recente instituído no âmbito do processo civil, não se mostra compatível com o processo penal. Nos termos do artigo 982, I, do Código de Processo Civil de 2015, a admissão do incidente determina a suspensão dos feitos pendentes, consequência que é incompatível com os processos criminais, pois tal providência, por não se encontrar prevista na lei penal como causa interruptiva da fluência do prazo prescricional, poderá ocasionar a extinção da punibilidade em diversos feitos. Não se pode olvidar, ainda, que em diversos processos criminais há, por estarem presentes os pressupostos legais, réus ou investigados presos cautelarmente, situação que não pode, também, admitir a simples suspensão do feito.”

Ademais, é preciso lembrar que o CPC/2015 incluiu uma nova hipótese de cabimento de embargos de declaração para o caso de omissão na decisão (acórdão ou sentença) acerca da aplicabilidade de tese já firmada em julgamento de casos repetitivos (IRDR ou RE ou REsp repetitivos) ou em incidente de assunção de competência (artigo 1022, I do CPC). Esta disposição também pode ser aplicada no âmbito do processo penal brasileiro.

No que tange os recursos especial e extraordinário julgados em regime de recursos repetitivos, o CPC trouxe um regramento específico. Nesse ponto, quando houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em igual questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com o regime repetitivo (artigo 1036 do CPC).

O presidente do TJ ou TRF respectivo selecionará dois ou mais recursos representativos da controvérsia para fins de afetação, admissíveis e que contenham um panorama amplo da discussão, determinando a suspensão dos demais (artigo 1036, §§ 1º e 6º do CPC). Aqui, é muito importante que se encaminhem recursos que concentrem toda a extensão da argumentação deduzida na discussão da matéria, a fim de se evitar que um fundamento importante fique fora da deliberação da Corte Suprema<sup>557</sup>.

O interessado poderá pleitear ao Presidente ou Vice-Presidente que exclua o recurso interposto do sobrestamento e inadmita o RE ou REsp intempestivos, tendo o recorrente cinco dias para manifestação, cujo indeferimento desafia agravo interno (artigo 1036, §§ 2º e 3º do CPC). A razão para a exclusão é que o sobrestamento nessa hipótese seria manifestamente inútil<sup>558</sup>.

Uma questão que poderia surgir no campo penal seria a do acusado que estivesse preso e da possibilidade de se discutir a pertinência/validade do decreto prisional, mormente com a revogação da necessidade de julgamento dos recursos afetados em um ano a contar da afetação (revogação do artigo 1037, § 5º do CPC). Isso pois pode haver o sobrestamento do recurso com prisão preventiva decretada ou a confirmação da condenação por acórdão de 2º grau.

Nessa hipótese, poderia se ventilar a impetração de *habeas corpus* ou mesmo requerimento ao juiz da causa ou ao relator (caso o processo esteja suspenso em primeiro grau ou no tribunal), ao relator do acórdão recorrido (se sobrestado o RE ou REsp no tribunal de

---

<sup>557</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes**: Compreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 229.

<sup>558</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 980-981.

origem) ou ao relator do tribunal superior (se for selecionado o recurso). Para tanto, a fundamentação legal seria com base no artigo 1037, § 10 do CPC.<sup>559</sup>

Também pode haver o pedido de distinção entre a questão a ser decidida no processo singular e a questão que será julgada no recurso repetitivo, a fim de que o feito prossiga (artigo 1037, §§ 8º a 12º do CPC). Sobre a decisão desse requerimento, que versa sobre a distinção entre as teses jurídicas discutidas, caberá agravo de instrumento se o processo esteja em primeiro grau, ou agravo interno, se a decisão for do relator (artigo 1037, § 13º do CPC).

Havendo a decisão dos recursos, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre a controvérsia ou aplicarão a tese firmada no regime de julgamento repetitivo (artigo 1039 do CPC). Se for negada a existência de repercussão geral no RE afetado, os recursos sobrestados serão inadmitidos (artigo 1039, parágrafo único do CPC).

Com a publicação do acórdão paradigma, o presidente (ou vice) do tribunal de origem negará seguimento aos recursos sobrestados, caso o acórdão coincida com a orientação do tribunal superior. Além disso, o órgão que proferiu o acórdão recorrido na origem, reexaminará os processos de sua competência, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior. Todos processos suspensos retomarão seus cursos para julgamento e aplicação da tese firmada (artigo 1040 do CPC). Se for mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem ou o recurso trazer novas questões, o RE ou REsp será remetido ao tribunal superior para julgamento (artigo 1041 e § 2º do CPC).

Essa sistemática tem aplicabilidade no processo penal, tal qual já ocorria antes da entrada em vigor do CPC/15<sup>560</sup>. Não há sentido em se obrigar que os Tribunais Superiores (notadamente o STJ e o STF) tenham que reiterar diversas vezes a mesma solução a respeito de uma questão que já foi decidida, sendo que a racionalização da jurisdição guarda harmonia com a função de Cortes Supremas que aqueles tribunais devem exercer (de precedentes/interpretação)<sup>561</sup>.

<sup>559</sup> LIMA, Marcellus Polastri; TORRES, João.G. Gualberto. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506. p. 495.

<sup>560</sup> Nesse sentido: KNIJNIK, Danilo; PINTAÚDE, Gabriel. Notas sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais e sua aplicabilidade ao processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506. p. 524.

<sup>561</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 979-980.

Por fim, o Incidente de Assunção de Competência tem como objetivo principal evitar ou compor a divergência entre órgãos fracionários do respectivo tribunal<sup>562</sup> (divergência interna) ou atribuir a um órgão mais representativo acerca do posicionamento da corte o julgamento de questão de direito que possua grande repercussão social (artigo 947, *caput* e § 4º do CPC). Não se trata de novo recurso, mas sim incidente de procedimento recursal<sup>563</sup>.

Quanto ao procedimento de julgamento, o pedido de instauração do incidente de assunção de competência pode ser feito pela parte, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou de ofício, pelo relator (artigo 947, § 1º do CPC). O requerimento será para que o recurso seja julgado pelo órgão que o regimento interno indicar, sendo, de imediato, remetido a esse, que decidirá se há ou não interesse público no seu julgamento (artigo 947, § 2º CPC).

A decisão proferida no incidente vinculará todos os juízes e órgão fracionários, salvo se houver revisão da tese (artigo 947, § 3º CPC). Caso haja inobservância da decisão proferida, também caberá a utilização de reclamação (artigo 988, § 1º, IV do CPC).

No incidente de assunção de competência, julga-se um caso específico que envolve uma questão de grande repercussão social, não havendo decisão de caso ou de questão de terceiros, sendo a coisa julgada *inter partes*. Apenas a tese fixada no julgamento do incidente alcança terceiros em face do seu caráter vinculante (artigo 947, § 3º CPC).<sup>564</sup>

Em razão dessa configuração, nos parece mais simples de ser aceito o incidente de assunção de competência no âmbito do processo penal. Tendo em vista que o que ocorre é meramente um deslocamento de competência da questão para um órgão judicial diverso em razão da sua importância para a sociedade, não havendo exclusão da participação das partes (afetadas)<sup>565</sup>.

Por fim, interessante mencionar, novamente, que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Questão de Ordem no Agravo de instrumento 664.567, definiu que se aplica ao processo penal a necessidade de demonstração de repercussão geral. Entretanto, no ponto, o mais relevante é conhecermos a fundamentação utilizada pela Corte Suprema, senão vejamos.

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal consignou que, mesmo a regulamentação da matéria estando prevista no bojo do CPC, a normativa da repercussão geral

<sup>562</sup> Seja no âmbito das Cortes Supremas (STF e STJ) ou dos Tribunais de 2º Grau (TJ's e TRF's). O STJ inclusive alterou seu regimento interno nesse sentido (emenda regimental 24).

<sup>563</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 565-566.

<sup>564</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 158-159.

<sup>565</sup> Também defendendo a aplicabilidade do instituto no processo penal: PINTO, Ricardo Batista; SILVARES, Ricardo. **Novo CPC e seus reflexos no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivum, 2016. p. 63-64.

é aplicável subsidiariamente ao âmbito penal, tendo em vista o caráter geral dessa normatização.<sup>566</sup> A linha de fundamentação do STF parece indicar a possibilidade também de utilização do IAC e do IRDC no âmbito penal.

Por fim, resta evidente que a existência de tese jurídica decidida no âmbito de instrumento de uniformização não dispensa a devida instrução probatória. A tese jamais deverá ser adotada como forma de julgamento antecipado no âmbito penal, salvo se for para favorecer o acusado (como, por exemplo, no caso de absolvição sumária<sup>567</sup>, que tem previsão no artigo 397 do CPP).<sup>568</sup>

### **5. Consequências de superação de precedentes penais: A irretroatividade e retroatividade (direito processual e material)**

Inicialmente, é preciso assentar que, como vimos, os precedentes podem ser superados (*overruling*), mas isso deve ocorrer com respeito a parâmetros e com a devida fundamentação. A questão é saber como ficam as situações anteriores, ou ainda, qual é a extensão da (ir)retroatividade da alteração do precedente (seus efeitos) em matéria criminal.

Inicialmente, há que se ter em conta que a normatividade penal faz com que seja necessária uma aplicação diferenciada no que tange à modulação de efeitos dos precedentes. Pois, se considerarmos os precedentes como fontes primárias do direito, devemos atentar para o regramento penal da irretroatividade maléfica e retroatividade benéfica ao acusado.<sup>569</sup>

A irretroatividade em matéria penal é, na dicção da doutrina clássica, um desdobramento da necessidade de reserva legal. É a expressão da obrigatoriedade quanto à atualidade da lei, determinando que essa só alcance os fatos que foram cometidos em data pretérita ao início da sua vigência, não podendo, como regra, incidir sobre os que ocorreram posteriormente<sup>570</sup>.

Pela irretroatividade, trata-se de assegurar a segurança do direito, por meio da certeza, garantindo ao cidadão de que não será punido por fatos que, quando da realização da conduta,

---

<sup>566</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Agravo de Instrumento n. 664.567/RS. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 jun. 2007. DJ 06 set. 2007. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 705.218/GO. Agravante: Wilson Martins. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 05 maio 2009. DJ 05 jun. 2009.

<sup>567</sup> Trata-se de uma espécie de julgamento antecipado do processo no contexto criminal a favor do réu.

<sup>568</sup> LIMA, Marcellus Polastri; TORRES, João.G. Gualberto. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506. p. 496.

<sup>569</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 378-379.

<sup>570</sup> LUISI, Luiz [1927-2005]. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20.

não eram considerados como crime ou que eram punidos de forma menos severa. No direito brasileiro, a Constituição de 1988 albergou tal princípio no artigo 5º, inciso XL, *in verbis* “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”<sup>571</sup>.

Percebe-se que a norma constitucional é clara no sentido de que a lei penal sempre<sup>572</sup> retroagirá se for favorável ao acusado, inclusive quando houver sentença transitada em julgado (condenação definitiva). E mais, a lei benigna pode consistir em uma nova causa de justificação ou de exclusão da culpabilidade e, até mesmo, um lapso prescricional mais curto ou nova modalidade executiva<sup>573</sup>.

O artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também vai nesse sentido ao referir que “(...) Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se, depois da perpetração do delito, a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquentes será por isso beneficiado.” Da mesma forma é o artigo 2º do Código Penal, que prevê a irretroatividade maléfica e a retroatividade benéfica da lei<sup>574</sup>.

Então, sob o ponto de vista textual, a mensagem normativa é clara: a lei penal somente retroagirá para beneficiar o réu. De modo que, se a inovação legal for desfavorável, seja quanto à criminalização de novas condutas, seja por meio de tratamento mais severo, terá apenas efeitos futuros.

A razão da retroatividade benigna pode ser extraída da própria natureza do direito penal, porquanto esse ramo jurídico regula somente situações excepcionais e, quando há uma alteração no desvalor da conduta, considerando que é desnecessária uma intervenção punitiva (total ou parcial), não teria sentido social manter a punição anterior. O princípio republicano exige racionalidade na atuação do Estado e não seria racional punir alguém com maior rigor tão somente porque cometeu o fato em momento distinto<sup>575</sup>.

<sup>571</sup> LUISI, Luiz [1927-2005]. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 20.

<sup>572</sup> A ressalva é quanto às leis excepcionais (caracterizadas por uma situação excepcional, com vigência incerta) e temporárias (caracterizadas pelo estabelecimento *a priori* de um tempo certo e determinado de vigência), que pelo caráter de transitoriedade são imunes à retroatividade, mesmo que benéfica, sob pena de perderem o sentido. Há doutrina que critica isso em razão de a dicção constitucional não fazer quaisquer ressalvas (caráter absoluto). Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 202.

<sup>573</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 200.

<sup>574</sup> “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

<sup>575</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 201.

A questão que se coloca é a da possibilidade de retroação da alteração do precedente (total ou parcial) em prejuízo do acusado, sem que tenha havido qualquer alteração no cenário legal/textual. Além disso, correlato a essa questão, também sobrevém saber se a mudança benéfica poderia retroagir a favor do réu.

Na década de 60, essa polêmica se instalou de maneira intensa na Alemanha quando se discutiu acerca de uma modificação de entendimento ocorrida no âmbito do Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*). Em 1966, após um período de 10 anos de estabilidade, a Corte mudou de entendimento sobre o que significava a expressão “não esteja em situação de conduzir veículo de forma segura”, utilizada para tipificar o crime previsto no § 316 do Código Penal alemão.

Até 1966, o BGH entendia que, para efeitos de enquadramento legal no tipo penal acima mencionado, a pessoa estaria incapaz de dirigir um veículo automotor, sem possibilidade de prova em contrário, quando fosse superada a concentração de álcool no sangue de 1,5 g/1%. Entretanto, em 1966, o Tribunal, rendendo-se a novos estudos médicos, modificou seu critério e reduziu a taxa de concentração de álcool no sangue para 1,3 g/1% e, após, em 1990 para 1,1 g/1%.<sup>576</sup>

Nesse caso, foi aceita a aplicação retroativa para punir fatos ocorridos antes da mudança de entendimento do Tribunal, não levando em conta o princípio da irretroatividade em sede penal.<sup>577</sup> Esse é um caso clássico de mudança de entendimento dos Tribunais em que se pode perceber a alteração clara em termos de tipicidade.

Tradicionalmente, rejeita-se a extensão dos corolários da legalidade penal à jurisprudência, mormente em relação à proibição de retroatividade em prejuízo do réu, pois a proibição de retroatividade maléfica é textualmente prevista somente para a lei. Além disso, diz-se que a nova interpretação não é uma punição ou agravamento de uma sanção, mas tão somente a realização da vontade da lei, que sempre esteve presente de forma latente, mas que, quando a alteração ocorre, ela aparece na forma correta.<sup>578</sup>

Ainda, sustenta-se que se a irretroatividade valesse para os tribunais superiores, isso faria com que se vedasse que a administração da justiça aprendesse com seus próprios erros e geraria imobilismo dos entendimentos judiciais. E que, apesar da possível igualdade de efeitos

<sup>576</sup> SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 8, n. 31, p. 144-169, jun./set. 2000. p. 385.

<sup>577</sup> HASSEMER, Winfried [1940-2014]. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad. Pablo Aflen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005 [1981]. p. 347.

<sup>578</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 166-167.

entre a retroatividade da lei e das decisões dos tribunais superiores, isso não seria o bastante para vedar a irretroatividade destas, uma vez que exerceriam funções diversas.<sup>579</sup>

Aponta-se que pode ocorrer que o autor de um fato punível o pratique na confiança de que este não é punível criminalmente, vendo-se surpreendido por uma alteração de entendimento judicial que lhe prejudique<sup>580</sup>. Nesse caso, a questão poderia ser resolvida com a utilização da categoria de erro de proibição inevitável, fundado na confiança do cidadão na posição jurisprudencial anterior (artigo 21 do Código Penal)<sup>581</sup>.

Entretanto, essa solução pode ser criticada sob diversos aspectos, como o faz Sanguiné:

Em primeiro lugar, o autor não se acha em erro sobre a proibição de sua conduta, já que, segundo a jurisprudência existente até esse momento, sobre tal conduta não recaía uma proibição, senão que seu erro consiste em suscitar uma "falsa prognose sobre o futuro desenvolvimento da jurisprudência". Em segundo lugar, este expediente somente é satisfatório nos casos em que a jurisprudência posterior declara delituosa uma conduta que anteriormente era considerada lícita. E nem sequer resolve a hipótese em que o sujeito, devido a seus especiais conhecimentos jurídicos, considera ilícito o fato que o Tribunal houvera reputado lícito e prevê a alteração jurisprudencial. Por último, esta proposta não resolve as hipóteses em que a alteração jurisprudencial não afeta propriamente a valoração da ilicitude do fato, mas a outros pressupostos da pena: não-consideração de uma condição objetiva de punibilidade, que até então se apreciava como tal, ou repercute no sistema de determinação da pena, ou na própria culpabilidade (ampliação dos sujeitos aos quais se deve considerar imputáveis).<sup>582</sup>

É perceptível que essa visão ainda está presa a uma noção arcaica de interpretação (meramente declaratória), desprezando o papel (em certa medida) criativo e colaborativo do juiz e, como consequência, apostando na visão corretiva da atuação dos tribunais. Da mesma forma, percebe-se que essa posição se aferra no dogma que somente a lei vincula o juiz e não as decisões judiciais (ou precedentes).

Assim, devemos ter em conta que a mudança do precedente se diferencia da alteração de jurisprudência, à medida que há efetiva alteração do direito vigente e não meramente uma mudança de entendimento do órgão judicante. Por isso, a lógica de entendimento deve ser outra, uma vez que passemos a considerar os precedentes como fontes primárias do direito e complementares à legislação.

<sup>579</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995 [trad. 2. ed. 1993][1. ed. 1983]. p. 126-128.

<sup>580</sup> SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 8, n. 31, p. 144-169, jun./set. 2000. p. 362.

<sup>581</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 54. Da mesma forma, mas em tom de crítica (aponta que essa solução seria de duvidosa justificação): JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995 [trad. 2. ed. 1993][1. ed. 1983]. p. 128.

<sup>582</sup> SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 8, n. 31, p. 144-169, jun./set. 2000. p. 363.

Como vimos, as Cortes Supremas (STJ e STF) não podem ser vistas como cortes que declaram o sentido prévio, intrínseco e unívoco da legislação (infraconstitucional e constitucional). Na verdade, esses tribunais têm a missão institucional definida constitucionalmente de outorgarem sentido à Constituição e a legislação, e, com isso, reduzem a equivocidade do direito e, verdadeiramente decidem sobre o significado das normas.

Entender que as decisões dos tribunais superiores podem retroagir *in malam partem* é pensá-los como cortes de correção, forjadas à luz do cognitivismo interpretativo. Tal concepção arcaica justificava-se na medida em se compreendia que a jurisdição dessas cortes apenas declarava o direito preexistente e a correta interpretação da lei por meio do reconhecimento de um erro interpretativo<sup>583</sup>.

Além disso, a segurança jurídica tem como base a ideia de estabilidade, calculabilidade e credibilidade do ordenamento jurídico, que, em caso de mudança retroativa do precedente, seriam abaladas.<sup>584</sup> O que é ainda mais grave no âmbito penal, que tem como sanção o cerceamento da liberdade das pessoas.

A reserva legal e suas consequências são garantias do cidadão contra a atuação arbitrária do estado, que vale para interditar abusos por parte do Legislativo, mas também do Judiciário. Portanto, a proibição de retroatividade maléfica deve ser válida também como um limitador da atuação judicante, aplicando-se quando da interpretação e aplicação do direito.<sup>585</sup>

Tudo isso leva a uma mudança paradigmática, já que, no campo da irretroatividade penal, pouco importaria para fins de proteção da confiança, se a mudança se deu pela via legislativa ou pelo entendimento judicial das Cortes Supremas. Isso porque, na seara criminal, a alteração do direito (legislado ou judicial) deve ter aplicabilidade prospectiva.

Questão interessante é a indagação sobre o direito processual penal: deve este seguir o mesmo raciocínio exposto acima? A pergunta justifica-se na medida em que, como se sabe, o Código de Processo Penal tem regra expressa que aponta para a aplicabilidade imediata das normas processuais penais (artigo 2º)<sup>586587</sup>.

---

<sup>583</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 359.

<sup>584</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 484.

<sup>585</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 234.

<sup>586</sup> Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

<sup>587</sup> O CPP Português trata da questão da seguinte forma: “Artigo 5º 1. A lei processual penal é de aplicação imediata, sem prejuízo da validade dos actos realizados na vigência da lei anterior. 2 - A lei processual penal não se aplica aos processos iniciados anteriormente à sua vigência quando da sua aplicabilidade imediata possa resultar: a) Agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu

Esse artigo consubstancia o princípio do *tempus regit actum*, que não é propriamente a mesma coisa do que a retroatividade. Aqui temos a vigência do princípio geral do efeito imediato (incidência sobre fatos e situações pendentes quando da entrada em vigor da lei), que é diverso da retroatividade (incidência sobre fatos e situações consumadas anteriormente ao começo de sua vigência).<sup>588</sup>

Portanto, ao menos em uma primeira análise, não haveríamos que falar em retroatividade, o que somente ocorreria caso a nova lei processual prejudicasse atos praticados antes da sua entrada em vigor.<sup>589</sup> Ocorre que a fundamentação acima é válida para normas de conteúdo processual “puro” e não quando se tratar de normas processuais penais mistas ou materiais.<sup>590</sup>

Nesse ponto, importante conhecermos o que seria considerado como normas processuais de conteúdo misto ou materiais. Em síntese, são normas que trabalham com a dicotomia “lícito-ilícito” (conteúdo da pretensão punitiva) e não com “admissibilidade-inadmissibilidade” (estritamente processuais), sendo que por isso estão sujeitas à irretroatividade maléfica.<sup>591</sup>

Quanto às normas mistas, essas não devem retroagir, devendo ser aplicadas somente para os casos futuros, em respeito ao preceito constitucional da vedação da retroatividade maléfica. O exemplo clássico é o artigo 366 do CPP<sup>592</sup>, que conjuga uma disposição processual (suspensão do processo) e uma disposição material (suspensão do curso da prescrição)<sup>593</sup>.

---

direito de defesa; ou b) Quebra da harmonia e unidade dos vários actos do processo.” Como exemplos de inaplicabilidade imediata que incidem no item 2: “conteúdos do princípio acusatório, especificamente das funções de acusação e defesa; admissibilidade das provas e validade ou susceptibilidade de produção de meios de prova invasivos pela lei nova, ou reconsiderados da função de meios pré-existentes; acto processual que deixe de estar previsto; eliminação de grau de recuso”. (CABRAL, José António Henriques dos Santos et al. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 33.)

Já o CPP chileno: “Artigo 11. Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.”

<sup>588</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 103.

<sup>589</sup> TORNAGHI, Hélio [1915-2004]. **Curso de Processo Penal**. v. I. 10. ed. Saraiva: São Paulo, 1997 [1980]. p. 24-25.

<sup>590</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 104-105.

<sup>591</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos et al. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 31.

<sup>592</sup> “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

<sup>593</sup> O entendimento do STJ sobre o ponto é que esse dispositivo não pode retroagir, dentre outros julgados, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 143.310/GO. Paciente: Edson Antônio da Cunha. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Brasília, 03 mai. 2011. DJe 18 mai. 2011”.

Há quem defenda, com esteio no artigo 5º, inciso XL da Constituição de 1988 (condicionando uma releitura do artigo 2º do CPP), que as leis processuais mais gravosas em que se altere a política-criminal em desfavor do acusado deveriam ser irretroativas. Pois, em ambos os casos, de leis penais materiais e processuais, é cumprido o mesmo papel de garantia do acusado frente ao poder punitivo do Estado.<sup>594</sup>

Já quanto à retroatividade benéfica do precedente, esta também será possível (imperativa) frente ao dispositivo constitucional (artigo 5º, inciso XL da Constituição de 1988). Nesse ponto, os precedentes *in bonam partem* incidem inclusive em casos transitados em julgado, permitindo a utilização de revisão criminal (artigo 621, I do CPP<sup>595</sup>).<sup>596</sup>

Destarte, no âmbito penal, o comando de retroatividade benigna e irretroatividade *in malam partem* dos precedentes deve ser lido não como uma faculdade, mas sim como uma obrigatoriedade de cariz constitucional. Por essa razão, o disposto no artigo 927, § 3º do CPC<sup>597</sup> não tem aplicabilidade na teoria dos precedentes vinculantes criminais.

Já quanto aos precedentes que versem sobre matéria de direito processual, esses terão aplicabilidade imediata, não se lhes aplicando a regra geral da irretroatividade. Isso decorre do princípio que rege as alterações no âmbito processual, qual seja, *tempus regit actum* (o ato processual deve ser regido pela norma que está em vigor quando de sua aplicação).<sup>598</sup>

---

<sup>594</sup> QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, n. 143, p. 14-17, 2004. No mesmo sentido: LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113-115.

<sup>595</sup> 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.

<sup>596</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 378-379.

<sup>597</sup> “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”.

<sup>598</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC**: Processo Penal. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 453-467. p. 458. Foi o que entendeu o Ministro Edson Fachin no julgamento da possibilidade de execução provisória da pena em segundo grau, entendendo que por ser alteração de cunho meramente processual teria aplicabilidade imediata aos casos pendentes, *in*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 MC/DF, Relator. Min. Marco Aurélio, 1º set. 2016. (ADC-43); ADC 44 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º set. 2016 (ADC-44).

## CONCLUSÃO

O tema dos precedentes, como já referido ao longo do texto, é pouquíssimo tratado no âmbito penal, por isso esperamos que o presente trabalho ajude a inserir a discussão da matéria nos estudos futuros e, quem sabe, na prática jurídica. É urgente a necessidade de buscarmos mecanismos aptos a reduzir a insegurança jurídica que grassa no direito e que é extremamente preocupante no âmbito penal.

Assim, a partir dessa premissa, é preciso apresentar de forma minudenciada as principais conclusões da pesquisa, que vão separadas em itens para facilitar a compreensão do leitor:

1. A aplicação da teoria dos precedentes vinculantes na seara penal é um imperativo, que se justifica em razão da necessidade de reduzir a discricionariedade judicial e garantir a liberdade e a igualdade dos cidadãos frente ao direito. A liberdade é protegida a partir da definição do conteúdo normativo por meio dos precedentes das Cortes Supremas<sup>599</sup> (notadamente do STJ e do STF) e a igualdade é assegurada quando as decisões para casos similares são iguais, ou seja, há um tratamento igualitário das pessoas perante a ordem jurídica.

2. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como verdadeiras Cortes de Precedentes, guiando a interpretação e a aplicação do direito em nosso país (por meio tarefa de *darem unidade do direito*). Já as Cortes de Justiça (TJ's e TRF's) têm a função precípua de julgar os casos concretos, buscando, a partir da análise fático-jurídica, a melhor solução.

3. A segurança jurídica somente será garantida quando o cidadão puder conhecer (cognoscibilidade) e calcular (calculabilidade) os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos de forma antecipada. Isso é dramático no âmbito do direito penal, pois esse ramo jurídico envolve a aplicação de severas restrições aos direitos fundamentais, utilizando-se da sanção mais drástica do ordenamento, que é a pena de prisão.

4. No direito brasileiro, vivemos um estado de insegurança jurídica absurdo, no qual a legalidade penal, em que pese a sua vital importância, não consegue dar conta de superar. Já os precedentes, que são extraídos das decisões judiciais, têm maior nível de concretização e densificação que as leis (porque estão inseridos no contexto fático), tendo em vista a sua maior

---

<sup>599</sup> Os precedentes, por força de mandamento constitucional, são oriundos somente das Cortes Supremas (notadamente o STJ e STF), pois são esses tribunais que devem dar unidade ao direito infraconstitucional e constitucional (conforme artigos 102 e 105 da Constituição Federal de 1988), decidindo seu significado em última instância.

individualidade, podendo, portanto, servir como mais um instrumento normativo para superar esse estado de crise.

5. A indefinição acerca de qual é o direito aplicável decorre em boa medida do reconhecimento de que interpretar é adscrever sentido aos textos e elementos não textuais, tendo em vista que se percebeu que o juiz tem um papel (em alguma medida) criativo na definição do direito. O que não quer dizer que ele pode tudo, pois a legislação vai servir de “moldura”<sup>600</sup> para balizar a atividade judicante.

6. Essa visão acerca da atividade interpretativa como sendo adscritiva decorre da dupla indeterminação do direito. Isso quer dizer que os textos são equívocos e as normas são vagas, ou seja, não se sabe de antemão qual é o sentido exato do texto e para quais situações de fato as normas serão aplicadas.

7. A teoria da argumentação jurídica adquire uma função vital nesse cenário em que se reconhece que a lei (dispositivo legal) não traz em si mesma a norma que deve ser (apenas) declarada pelo juiz. O parâmetro de objetividade do direito deixa de ser o direito objetivo *per se*, consubstanciando-se na possibilidade de controle racional intersubjetivo através da justificação.

8. A vinculação aos precedentes não significa que o direito não possa evoluir ou mesmo que ele deva ser aplicado em casos em que não se ajuste. Isso pois há mecanismos para que o sistema de precedentes funcione a contento, como a possibilidade de superação (*overruling*) e de distinção (*distinguishing*). Esta ocorre a partir da não aplicação de um precedente que não rege a hipótese.

9. Sendo o precedente oriundo da reconstrução de sentido da legislação feita pelo Poder Judiciário, ele se consubstancia como um garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica, servindo como um instrumento de fechamento do sistema penal. A institucionalização de um sistema de precedentes vinculantes é uma tentativa de resposta frente à crise da legalidade penal.

10. Os precedentes interpretativos funcionam como um redutor das possibilidades de alternatividade das regras jurídicas para o futuro. Com isso, aprofunda-se a possibilidade de controlabilidade da decisão, reduzindo a possibilidade de arbítrio no que tange o âmbito decisional penal.

11. A demonstração da aproximação entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* não é o fundamento principal para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes

---

<sup>600</sup> No sentido empregado por Kelsen: KELSEN, Hans [1881-1973]. **Teoria pura do direito**. 2ª ed. [1960, 1ª ed. 1934] Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388-390.

no Brasil, que, como dito, situa-se na (dupla) indeterminação do direito e na insuficiência do princípio da legalidade para garantir a cognoscibilidade normativa. Mas, certamente, serve para demonstrar que a tradição jurídica brasileira não é avessa *a priori* a que se utilizem precedentes vinculantes para densificar a segurança jurídica e fomentar a liberdade e a igualdade.

12. Deve-se entender que a teoria dos precedentes na seara penal precisa ser pensada a partir das exigências constitucionais nessa matéria. Um primeiro ponto óbvio é que os precedentes não podem criar crimes *ex nihilo*, mesmo a partir da compreensão de que a interpretação do direito é adscritiva de sentido, ou seja, tem uma conotação criativa, isto não significa que os Tribunais possam criar crimes, mas tão somente definir a interpretação do texto que deve ser seguida (unidade do direito).

13. A ausência de normatização na seara penal tem um sentido diverso do que ocorre no âmbito civil em geral. No direito penal, a ausência de regulamentação significa que a conduta simplesmente não é considerada crime, sendo, portanto, considerada atípica e não podendo ser tipificada pelo Judiciário.

14. Somado as duas conclusões anteriores, o tema da (ir)retroatividade deve ser repensado a fim de que se ajuste a “nova” fonte normativa. A possibilidade de retroatividade do precedente benigno e a vedação da sua retroatividade *in malam partem* devem ser consideradas como um imperativo constitucional no âmbito penal.

15. É importante diferenciar se a matéria tratada no âmbito do precedente é de direito processual ou de direito material. Isso porque, quando o precedente versar exclusivamente sobre sobre matéria processual, esse deve ter aplicabilidade imediata (regra do *tempus regit actum*).

16. É preciso deixar claro que não se pretende substituir a legalidade penal pela criação judicial do direito pelo Poder Judiciário (“*lawmaking by judge*” ou “*judge made law*”). Os precedentes vinculantes<sup>601</sup> servirão para reduzir a discricionariedade, mas a legislação continua tendo o papel proeminente (fixação de balizas), pois é a base do direito penal.

17. O ideal era que o Código de Processo Penal regulasse a matéria, por meio de definições específicas, mormente, pois se tem uma oportunidade ímpar com a gestação de um novo Código<sup>602</sup>. Entretanto, isso não impede que, por ora, se utilize o regramento do CPC, uma vez que este diploma traz uma regulamentação heterotópica, tendo em vista que trata de matéria afeta à teoria geral do direito (teoria das normas) e não propriamente processual civil.

---

<sup>601</sup> Aqui o que se quer dizer com vinculação é que eles devem ser seguidos independentemente de suas “boas razões”.

<sup>602</sup> Depois de aprovado no Senado Federal, agora o projeto de lei de novo CPP tramita na Câmara dos Deputados: PL n. 8.045/2010.

18. É preciso deixar claro que a vinculação do sistema de precedentes é uma consequência da dupla indeterminação do direito (“virada interpretativa”) e não da sua disposição textual em lei. Entretanto, isso não quer dizer que a previsão legal não seria útil para que houvesse uma especificação metodológica acerca da aplicação dos precedentes no processo penal, facilitando a sua compreensão e a própria operacionalização do sistema.

Em suma, certamente, uma teoria dos precedentes pensada e refinada para a prática penal fará com que avancemos para um modelo melhor de administração de justiça criminal no Brasil, este é um primeiro passo. Para tanto, é necessário o estudo aprofundado e sério, sem preconceitos, e a vontade genuína de efetivamente melhorar o sistema jurídico-penal levando em conta a garantia dos direitos fundamentais e a eficiência do processo penal.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo**: posições processuais equilibradas e unidade do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **RDA óRevista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. **Louisiana Law Review**, Baton Rouge, n.25, p.775-822, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2000.
- ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 79, p. 163-183, 2001.
- ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, jan. 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Trad. Jorge M. Seña. Gedisa: Barcelona, 1994 [1992].
- ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentacion juridica**. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997 [1978].
- ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes: a comparative study**. Burlington: Ashgate Publishing, 1991.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual dos Recursos Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. **Analisi e Diritto**, p. 01-21, Torino: Giappichelli, out. 2004.

BECCARIA, Cesare [1738-1794]. **De los delitos y de das penas**. Edición bilingüe. Madrid: Editorial Trotta, 2011[1764].

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010 [1986].

BECK, Ulrich. Risk society revisited: theory, politics and research programmes. In: Adam B, Beck U, Loon J. (Orgs.). **The risk society and beyond: critical issues for social theory**. London (UK): Sage Publications, 2005. p. 211-229.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.

BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm)>. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.242.129/PR. Recorrente: Sergio Amilcar de Aguiar Maia. Recorrido: Ministério Público Federal. Relatora: Min. Laurita Vaz. Brasília, 11 mar. 2014. DJe 27 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.592.146/PR. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Rogério Freitag. Relator: Min. Jorge Mussi, Brasília, 20 out. 2016. DJe 26 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.230.325/RS. Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Jeferson Concer e outros. Relator: Min. Gurgel de Faria. Brasília, 22 abr. 2015. DJe 05 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 143.310/GO. Paciente: Edson Antônio da Cunha. Relator: Min. Adilson Vieira Macabu. Brasília, 03 mai. 2011. DJe 18 mai. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 227.550/CE. Paciente: Airton Castro de Oliveira. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 12 jun. 2012. DJe 20 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.112.748/TO. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Eronildes Gomes de Souza. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, 09 set. 2009. DJ 13 out. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.381.315/RJ. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: José Jerônimo Alves Ferreira. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 13 maio 2015. DJe 19 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 43 MC/DF, Relator. Min. Marco Aurélio, 1º set. 2016. (ADC-43); ADC 44 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 1º set. 2016 (ADC-44).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 705.218/GO. Agravante: Wilson Martins. Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 05 maio 2009. DJ 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 121.717/PR. Paciente: Ocalina Lara de Deus. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 03 jun. 2014. DJe 29 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 122.348/RS. Paciente: Kiriakos Nicolapólus de Quadros. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 09 nov. 2016. DJe 22 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 17 fev. 2016. DJe 17 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 131.057. Paciente: Rosângela Maria Loch. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 20 set. 2016. DJe 23 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 82.424/RS. Paciente: Siegfried Ellwanger. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 17 set. 2003. DJ 19 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 82.788/RJ. Paciente: Luiz Felipe da Conceição Rodrigues. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 abr. 2005. DJ 02 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 84.078/SP. Paciente: Omar Coelho Vitor. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 05 fev. 2009. DJ 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 90.156/PE. Paciente: Carlos Alberto Didier Lyra. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 mar. 2007. DJe 24 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 91.675/PA. Paciente: Sílvio Rodrigues de Lima. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 04 set. 2007. DJ 07 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 1.145/PB. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Armando Abilio Vieira. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 19 dez. 2006. DJe 04 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Reconsideração em *Habeas corpus* n. 134.554/SP. Paciente: Silvia Aparecida Martins de Oliveira e outros: Min. Celso de Mello. Brasília, 14 jun. 2016. DJe 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Agravo de Instrumento n. 664.567/RS. Agravante: Orlando Duarte Alves. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 18 jun. 2007. DJ 06 set. 2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Quarta Seção, Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas n. 0016124-77.2016.4.03.0000, Rel. Mauricio Kato, julgado em 20/04/2017, e-DJF3 05 maio 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Conflito de Jurisdição n. 5032605-03.2016.404.0000/PR. Suscitante: Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Maringá. Suscitado: Juízo Federal da 3ª Vara Federal de Passo Fundo. Relator: Des. Guilherme Beltrami. Porto Alegre, 29 set. 2016. DJe 03 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 5000128-43.2011.404.7002/PR. Embargante: Sonia Maria da Silva. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre, 07 jul. 2016. DJe 11 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Incidente de Demanda Repetitiva n. 5046424-07.2016.404.0000. Quarta Seção. Relatora Cláudia Cristina Cristofani, DJe 25 abr 2017.

BURTON, Steven J. The Conflict Between Stare Decisis and Overruling in Constitutional Adjudication. **Cardozo Law Review**, v. 35, p. 1687-1713, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório. In: **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Organizadores: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka, Flávio Galdino. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, José António Henriques dos Santos et al. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CADOPPI, Alberto. **Il valore del precedente nel diritto penale**: Uno studio sulla dimensione in action della legalità. Ristampa. Torino: Giappichelli, 2007 [1999].

CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CALAMANDREI, Piero [1889-1956]. **La casación civil**. t. II. Trad. Santiago Santís Meleno. Buenos Aires: El Foro, 1945 [1920].

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CAMINKER, Evan H. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? **Stanford Law Review**, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994.

CARD, Richard; MOLLOY, Jill. **Card, Cross and Jones Criminal Law**. 21. ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

CARUSO, Giovanni; RONCO, Mauro. Il principio di legalità. In: AMBROSETTI, Enrico M.; MEZZETTI, Enrico; RONCO, Mauro. **La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone**. 3ª ed. Bologna: Zanicheli Editore, p. 1-158, 2016.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1- 44, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

CASTANHEIRA NEVES, António Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, António. O Princípio da Legalidade Criminal. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, número especial, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, I, 1984.

CERVINI, Raúl. El principio de legalidad y la imprescindible determinación suficiente de la conducta incriminada en los crímenes contra el sistema financeiro (art. 4.º de la Ley 7.492/86). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 164-178, maio 2004.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CROSS, Rupert [1912-1980]; HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. 4. Ed. Oxford: Clarendon Press, 2004 [1961].

CRUZ, Flávio Antônio da. Provocações sobre a interpretação das fontes do direito penal econômico. Entre a relatividade hermenêutica e o dogma constitucional da taxatividade. In: SILVA FRANCO, Alberto; LIRA, Rafael. (Org.). **Direito penal econômico: questões atuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71-135.

CUESTA, José Luis de la (Ed.). **Résolutions des Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (1926-2004)**. Toulouse: Éditions Érès. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral, Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. 2ª ed. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004 [1974].

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. I. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. v. III. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: Agra, Walber de Moura; Castro, Celso Luiz Braga de; Tavares, André Ramos. **Constitucionalismo: Os desafios no terceiro milênio**. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 143-159.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald [1931-2013]. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

ENGLISH, Karl [1899-1990]. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001 [1956].

FARIA COSTA, José Francisco de. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 11-29.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006 [1975].

FERRAJOLI, Luigi. Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale. **õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica**, v. 2/2016, p. 23-44, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 [1989].

FERRARESE, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’”ultima parola”. **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-77.

FOUCAULT, Michel [1926-1984]. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010 [1975].

GARNER, Bryan A., et al. **The Law of Judicial Precedent**. St. Paul : Thomson Reuters, 2016.

GIMENO SENDRA, Vicente. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid: Colex, 2015.

GINSBURG, Ruth Bader. The Role of Dissenting Opinions. **Minnesota Law Review**, v. 95, n. 1, p. 1-8, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes.** São Paulo: Atlas, 2008.

GOODHART, Arthur L. [1891-1978]. Determining the ratio decidendi of a case. **Yale Law Journal**, Yale, p. 161-183, dez. 1930.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Teoria del diritto: Approccio metodologico.** Modena: Mucchi Editore, 2012.

HALLEVY, Gabriel. **A scientific treatise on one of the principle of legality in criminal law.** Heidelberg: Springer-Heidelberg, 2010.

HART, Hebert. American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream. **Georgia Law Review**, vol. 11, n. 5, september, 1977. p. 969-989.

HASSEMER, Winfried [1940-2014]. **Introdução aos fundamentos do direito penal.** Trad. Pablo Aflen. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005 [1981].

HERINGER JÚNIOR, Bruno. **O sistema de justiça criminal dos Estados Unidos: um modelo em crise?** Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

HONNETH, Axel. **El derecho de la Libertad: Esbozo de una eticidad democrática.** Madrid: Clave Intelectual, 2011.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ M., Julián. **Derecho Procesal Penal Chileno.** t. I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

HUNGRIA, Néson [1891-1969]. **Comentários ao Código Penal.** v. I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Cuello Contreras e Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995 [trad. 2. ed. 1993][1. ed. 1983].

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis [1889-1970]. **Principios de Derecho Penal, La Ley y El Delito.** 3. ed. Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958 [1. ed. 1945].

KAUFMANN, Arthur. **Analogia y naturaleza de la cosa.** Hacia una teoría de la comprensión jurídica. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

KELSEN, Hans [1881-1973]. **Teoria pura do direito.** 2ª ed. [1960, 1ª ed. 1934] Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIZER, Benjamin H. The Impact of Brown v. Board of Education. **Gonzaga Law Review**, vol. 2, p. 1-18, 1967.

KNIJNIK, Danilo. **O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KNIJNIK, Danilo; PINTAÚDE, Gabriel. Notas sobre a admissibilidade dos recursos excepcionais e sua aplicabilidade ao processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts. **California Law Review**, v. 81, n. 1, p. 1-59, jan. 1993.

KREß, Claus. 'Nulla poena nullum crimen sine lege'. In: WOLFRUM, Rüdiger (ed.). **Max Planck Encyclopedia of International Law**. v. VIII. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 889-899.

KUHLEN, Lothar. **La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

LA TORRE, Massimo; TARUFFO, Michele. Precedent in Italy. In: MacCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Precedents: a comparative study**. Brookfield: Ashgate Publishing, 1997.

LANGBEIN, John H. Modern Jurisprudence in the House of Lords: The Passing of London Tramways. **Cornell Law Review**, v. 53, n. 807, p.807-818, 1968.

LARENZ, Karl [1903-1993]. **Metodologia da Ciência do Direito**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014 [1. ed. 1960].

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 2015.

LIMA, Marcellus Polastri; TORRES, João.G. Gualberto. Impactos do novo Código de Processo Civil nos recursos em processo penal. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC: Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 469-506.

LOCKE, John [1632-1704]. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002 [1681].

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUIZI, Luiz [1927-2005]. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LUNA, Erik. The Overcriminalization Phenomenon. **American University Law Review**, v. 54, p. 703-743, 2005.

MACCORMICK, Neil [1941-2009]. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 [1995].

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo**

**CPC: precedentes.** Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3. p.215-238.

MACHADO, Luiz Alberto. A Interpretação da Lei Penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, v. 17, n. 0, p. 135-143, 1974.

MALAN, Diogo. **Direito ao Confronto no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes judiciais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Precedentes.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 3. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 87-96.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas:** decisão de questão idêntica x precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Julgamento nas Cortes Supremas:** Precedente e Decisão do Recurso Diante do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). **A força dos precedentes.** Salvador: Podivm, 2010. p. 211-226.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes:** Recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** teoria do processo civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARSHALL, Geoffrey. “What is Binding in a Precedent”. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). **Interpreting Precedents:** a Comparative Study. Dartmouth: Ashgate, p. 503-517, 1997.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11-37

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial.** v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil.** São Paulo: Malheiros Editores, p. 53-74, 2012.

- MERRYMAN, John Henry [1920-2015]; PÉREZ-PERIDOMO, Rogelio. **The Civil Law tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente ó Dois Discursos a partir da decisão judicial**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, 2012. p. 61-78.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MOCCIA, Sérgio. **La promessa non mantenuta: Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1748].
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, p. 55-69, 2003.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. La Herencia de Franz Von Liszt. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 23-52, jul./dez. 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal: Parte General**. 9. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PALMER, Vernon Valentine. **Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family**. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula Vinculante. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 163-176, jan./mar. 1997.
- PASTORE, Baldassare. Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica. **õArs interpretandiö Rivista di Ermeneutica Giuridica**, v. 2/2016, p. 61-76, 2016.

PERELMAN, Chaïm [1912-1984]. **Lógica Jurídica: Nova retórica**. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000 [1976].

PERELMAN, Chaim [1912-1984]; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1958].

PICARDI, Nicola. A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008 [2004]. p. 01-32.

PINTO, Ricardo Batista; SILVARES, Ricardo. **Novo CPC e seus reflexos no Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas [1897-1965]. **A Concise History of the Common Law**. 15ª ed. [1965] Indianapolis: Liberty Fund, 2010 [1929].

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal: Parte general**. t. I. Fundamentos científicos del Derecho penal. 6. ed. actualizada, completamente renovada y puesta al día con la Colaboración de Miguel POLAINO-ORTS. Barcelona: Editorial Bosch 2008.

POMORSKI, Stanislaw. **American Common Law And The Principle Nullum Crimen Sine Lege**. 2. ed. The Hague: Mouton, 1975.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **La filosofía penal de la ilustración**. Lima-Bogotá: Palestra Editores, 2007.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PULITANÒ, Domenico. L'interpretazione della legge penale. In: COCCO, Giovanni (Org.). **Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale**. CEDAM: Padova, 2005. p. 27-43.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, n. 143, p. 14-17, 2004.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Sobre a súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 34, n. 133, p. 51-64, jan. /mar. 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. t I. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Trad. Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 8, n. 31, p. 144-169, jun./set. 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 04, p. 318-365, jul-dez. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A proteção dos animais e a legitimidade jurídico-constitucional da zoofilia. **Consultor Jurídico**, 11 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/direitos-fundamentais-protECAo-animais-legitimidade-juridico-constitucional-zoofilia>>. Acesso em: 11 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SARRABAYROUSE, Eugenio C.. La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: Una propuesta de integración. In: **La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?** Juan Pablo Montiel (ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., p. 37-39, 2012.

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

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHAPIRO, Ian. Optimal deliberation? **Journal of Political Philosophy**, vol. 10, nº 2, p. 196–211, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Um Voto Qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, 1, p. 180-200, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. De Quem Divergem os Divergentes? Os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 47, p. 205-225, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding Without Deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, 3, p. 557-584, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La expansión del derecho penal. Aspectos de la política**

**criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editorial Forum, 2016.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante.** Curitiba: Juruá, 2011.

STEINMETZ, Wilson; FREITAS, Riva Sobrado de. Modelo seriatim de deliberação judicial e controlabilidade da ponderação: uma questão institucional e metodológica para o caso brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 30, n. 1, p. 221-236, jan./jun. 2014.

STRECK, Lenio. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Senso Incomum, 29 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em: 03 mar. 2017.

STRECK, Lenio Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Senso Incomum, 22 set. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 03 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto:** o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARELLO, Giovanni [1934-1987]. **Storia della Cultura Giuridica Moderna.** Bologna: Il Mulino, 2005 [1976].

TARUFFO, Michele. As funções das Cortes supremas. Aspectos gerais. **Processo civil comparado:** ensaios. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117-139.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil.** Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015 [1975].

TARUFFO, Michele. **Il Vertice Ambiguo:** Saggi sulla Cassazione Civile. Bolgna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Bologna, a. LXI, n. 3, p. 709-724, set. 2007.

TORNAGHI, Hélio [1915-2004]. **Curso de Processo Penal.** v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997 [1980].

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado.** Trad. Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VENTURI, Franco. **Utopía y reforma em la Ilustración.** 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

VIEHWEG, Theodor [1907-1988]. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008 [1954].

VOGLIOTTI, Massimo. **Dove passa il confine?** Sul divieto di analogia nel diritto penale. Torino: Giappichelli, 2011.

WAMBAUGH, Eugene [1856-1940]. **The Study of Cases**. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

WASSERSTROM, Richard A. **The Judicial Decision**: Toward a Theory of Legal Justification. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WILLIAMS, Glanville. The Lords and Impossible Attempts, or *Quis Custodiet Ipsos Custodes?* **The Cambridge Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 33–83, 1986.

WRÓBLEWSKI, Jerzy [1926-1990]. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Springer, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes Normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro *in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; SCHIETTI, Rogério (Org.). **Coleção repercussões no Novo CPC**: Processo Penal. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 453-467.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.