

FACULDADES DE DIREITO MILTON CAMPOS
NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

**Da análise da aplicação do sistema de precedentes brasileiro em
âmbito criminal e o papel do Ministério Público na sua
compatibilização com o Estado Democrático de Direito**

Nova Lima
2018

FACULDADES DE DIREITO MILTON CAMPOS

NATHÁLIA MANSUR DOS REIS

**Da análise da aplicação do sistema de precedentes brasileiro em
âmbito criminal e o papel do Ministério Público na sua
compatibilização com o Estado Democrático de Direito**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito Milton Campos como
requisito parcial para a obtenção de título de pós
graduação.

Orientador: Prof. Dr. Adilson de Oliveira
Nascimento

Nova Lima
2018

FACULDADES DE DIREITO MILTON CAMPOS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado “*DA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO EM ÂMBITO CRIMINAL E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*” elaborado por NATHÁLIA MANSUR DOS REIS para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof.Dr. Adilson de Oliveira Nascimento	Avaliação
--	-----------

Prof.Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	Avaliação
--	-----------

Prof ^a . Mestre Daniela Moreira	Avaliação
--	-----------

Nova Lima, 27 de Fevereiro de 2018.

AGRADECIMENTO

Aos meus pais, sempre, por tudo. Sem eles, nada seria possível.

*Cansado de esperanças
persigo realidades.
Quando o vento contrário
aumenta em seus embates,
navego a qualquer vento
em minha ligeira embarcação.*

Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto o estudo do sistema de precedentes adotado pelo Novo Código de Processo Civil, que, enquanto regra geral, irradia sua aplicação para o sistema criminal. Para tanto, propõe, através do método comparativo, analisar os sistemas do *common law* e *civil law*, suas características e peculiaridades, respondendo a indagação acerca dos contornos do método criado pelo ordenamento jurídico pátrio. Definidos os contornos do modelo brasileiro, visa entender a forma de sua aplicação em âmbito criminal, considerando a principiologia do direito penal e do direito processual penal no modelo do Estado Democrático de Direito, de inspiração no *civil law*, como é da tradição brasileira. Por fim, busca conciliar o sistema de precedentes com o Constitucionalismo pátrio, e o papel do Ministério Público na eficiência deste novo instituto jurídico sem se descurar dos princípios e garantias constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: criminal, precedente, civil law, common law, direitos fundamentais, acusação.

ABSTRACT

The present work has as its object the study of the system of precedents adopted by the New Code of Civil Procedure, which, as a general rule, radiates its application to the criminal system. To do so, it proposes, through the comparative method, to analyze the *common law* and *civil law* systems, their characteristics and peculiarities, answering the question about the contours of the method created by the legal order of the country. Defining the contours of the Brazilian model, it aims to understand the form of its application in criminal scope, considering the principles of criminal law and criminal procedural law in the model of the Democratic State of Law, inspired by civil law, as it is in the Brazilian tradition. Finally, it seeks to reconcile the system of precedents with the constitutionalism of the country, and the role of the Public Prosecutor in the efficiency of this new legal institute without neglecting the principles and constitutional guarantees.

KEYWORDS: criminal, precedent, civil law, common law, fundamental rights, prosecution

LISTA DE SIGLAS

CPC Código de Processo Civil
NCPC Novo Código de Processo Civil
CR/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DA ORIGEM DO SISTEMA DE PRECEDENTES À SUA IMPORTAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	9
2.1. Do histórico do sistema <i>common law</i> e suas características	11
2.2. Do histórico do sistema <i>civil law</i> e suas características	13
2.3. Das deficiências do sistema <i>civil law</i> adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade de adoção de novas técnicas	14
3. DO SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	17
3.1. Dos artigos 926 e 927 do NCPC	24
3.2. Da aplicação destes dispositivos pelos Tribunais	31
4. DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES EM ÂMBITO CRIMINAL..	34
4.1. Do modelo de garantias constitucionais adotado em âmbito penal e processual penal face ao Estado democrático de Direito	34
4.2. A utilização do sistema de precedentes em âmbito criminal: reforço ou fragilização do modelo adotado pela Constituição Federal	39
4.3. Compatibilização do sistema processual de precedentes com as garantias constitucionais penais e processuais penais	40
5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMPATIBILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	44
6. CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil promoveu uma verdadeira mudança de paradigmas na sistemática recursal ao criar uma teoria geral dos recursos, cuja aplicação não se restringe ao direito privado.

Dentre as modificações promovidas pelo *Codex*, se insere a utilização de precedentes, medida de aplicação controversa a um sistema de *civil law* como o brasileiro, mas esperada e necessária para conferir agilidade, sistematização e racionalidade aos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário. Entretanto, a sua aplicação em âmbito penal e processual penal deverá observar a principiologia de cada um desses ramos do direito.

Com efeito, a observância estrita das normas penais e processuais penais constitui garantia em favor do acusado, requisito indispensável à legitimidade das decisões criminais proferidas por juízes e tribunais. Para responder a indagações acerca da aplicação dos precedentes em âmbito criminal, dividimos nosso estudo nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo deste trabalho, apresentamos breve estudo histórico do sistema *common law* e suas principais características, bem como do sistema *civil law*, com o intuito de definir o objeto de cada um destes sistemas jurídicos. A partir desta definição, e esclarecendo a opção do Brasil pelo sistema *civil law*, procuramos quais seriam as principais dificuldades da aplicação desse sistema, a justificar a procura dos legisladores pátrios por outras formas de apreensão do direito com vistas à solução de litígios pelo Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, expusemos a solução encontrada pelo legislador brasileiro consistente no denominado “Sistema de Precedentes”. Neste ponto, propusemo-nos a investigar a suposta aproximação do modelo brasileiro com o sistema *common law*, nos termos em que há doutrina definindo os novos contornos processuais como a “*commonlawrização do direito*”. Apresentadas defesas e críticas sobre tal expressão, demonstramos as diretrizes do Novo Código de Processo Civil para aplicação do sistema de precedentes brasileiro, partindo da definição do instituto “precedente”, a forma de sua construção e aplicação nos casos concretos.

No quarto capítulo, a partir das conclusões dos tópicos anteriores, passamos a investigar a aplicação do modelo de precedentes adotado pelo Brasil aos processos criminais, considerando o sistema de garantias conferido pela Constituição de 1988 aos investigados e acusados.

No quinto capítulo, considerando a titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, e das novas formas de atuação dessa Instituição conforme determina a CR/88, mormente a defesa do ordenamento jurídico, tentamos apresentar o seu papel, enquanto ator processual, na compatibilização do sistema de precedentes em âmbito criminal com a Constituição de 1988.

2. DA ORIGEM DO SISTEMA DE PRECEDENTES À SUA IMPORTAÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sob o ponto de vista socioantropológico, o direito é um fenômeno universal, embora não linear, que teria origem em um tronco comum, tendo como finalidade última o regramento da vida em sociedade e a busca pela justiça. Não se desprezam, contudo, as particularidades de cada comunidade em suas formas de resolução de conflitos, sendo que o progresso das civilizações e a complexidade crescente das sociedades o limitaram territorialmente pelo princípio da soberania dos Estados.

Sobre a história e o surgimento do Direito, narra Luis Roberto Barroso¹:

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses - múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antigüidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.

No Ocidente, desse suposto tronco comum, surgiram três principais sistemas jurídicos, a saber: o sistema francês, o sistema inglês e o sistema alemão. Basicamente, consoante as lições de Lenio Streck², o sistema francês, do qual se originou o Estado de Direito, que sobreleva a importância do Parlamento, que se fundamenta sobretudo no positivismo exegético; o sistema inglês, de viés realista, que prima pela consideração dos fatos para a construção do direito, e, por fim, o sistema alemão, que dá destaque ao trabalho da doutrina jurídica, permitindo, inclusive, que um juiz, no curso de um processo, consulte um estudioso para que lhe auxilie na solução da demanda.

1 BARROSO, Luís Barroso. *Curso de Direito Contemporâneo*. 2.^a ed. Ed. Saraiva. São Paulo 2016. P. 51

2 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 1.^a ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2011. p. 25-31

Limitando-nos ao nosso objetivo de estudo, esclarece o referido autor³ que a dicotomia entre os sistemas *civil law* e *common law* deveu-se às revoluções francesa e inglesa, que, não obstante terem representado a passagem do poder do soberano para o povo, manifestaram-se de formas distintas. De fato, pela Revolução de 1779, o sistema francês tendeu a desconfiar do trabalho dos juízes, que eram tidos como resquício do *Anciën Régime*; por outro lado, o sistema inglês, considerados os moldes da Revolução Gloriosa, consolidou a preponderância do Poder Judiciário para definir o direito, este inferido a partir da razão como produto do raciocínio judicial para a resolução de casos concretos.

Tal classificação é, atualmente, determinante para que, visualizadas as características próprias desses sistemas jurídicos, possamos entender se há uma possibilidade razoável de seu entrelaçamento na resolução de conflitos no seio de um determinado ordenamento jurídico.

2.1. Do histórico do sistema *common law* e suas características

Ao contrário da ideia difundida pelo senso comum, não se trata o *common law* de um sistema de adesão ao costume, mas sim de sua superação, sobretudo em se considerando as suas origens históricas. É que tal “*direito comum*”, que emergiu no século XI (ano 1066) da invasão da Normanda – região insigne do noroeste da França cedida aos *vikings* pelo Rei Carlos – se propunha à reordenação global dos costumes locais das diversas tribos existentes na ilha sob único sistema.

Assim, forte na digressão histórica de René David⁴, tem-se que o sistema *common law* originou-se na Inglaterra, como resultado da ação dos Tribunais Reais da Justiça que, por meio da jurisprudência, iam construindo o Direito pela prática forense. Assim, a ausência de direito escrito sobrelevou a importância das decisões dos tribunais na resolução de casos concretos semelhantes.

Pelo sistema *common law*, o juiz cria o direito para a solução de casos específicos, extraído pelo uso da razão no cotejo de noções principiológicas, critérios

3 *Op. cit.*; p. 25-31

4 DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1998.p. 201.

de justiça e de igualdade. A legislação escrita existe e é aplicada, mas se restringe aos temas mais amplos, que demandam regulação uniforme.

Neste sistema, a regra do precedente (*rule of precedent* ou *stare decisis*) foi estabelecida formalmente no século XIX, como decorrência lógica da forma de atuação do Poder Judiciário inglês, firmando a técnica das distinções como ferramenta essencial para definição do direito e estabelecimento de seus limites. Na sequência da consolidação dos entendimentos dos Tribunais, a doutrina passou a exercer papel de destaque, em razão da função de sistematização e organização das teses jurisdicionais através das *rectius* (repositórios de jurisprudência elaborados pelos próprios magistrados).

Tamanha é a força do precedente como norte para as decisões posteriores que não raro os manuais de Direito relacionam o direito comum ao brocardo latino *stare decisis et non quieta movere*, traduzindo, “aquilo que foi decidido deve ser respeitado”.

Em sentido amplo, Juraci Mourão Lopes Filho⁵ conceitua o sistema *common law* como sendo o “conjunto de padrões jurídicos determinados em juízo, o que o faz se contrapor ao statute law, direito criado por um ato legislativo vindo de fora do Judiciário, normalmente do Parlamento”.

Esclarece o referido autor⁶ que existem ainda outros significados para o *common law*, sobretudo como o antigo sistema judiciário inglês, de delegação real para solução prática de casos concretos, que se contrapunha ao *equity*, que propunha soluções com base na equidade. Tal distinção é meramente doutrinária, tendo em vista a unificação de ambos os institutos, na Inglaterra, no século XIX.

Não há, outrossim, no âmbito do direito inglês, uma conceituação precisa sobre *common law*, a depender da ideologia e/ou do sistema jusfilosófico considerados. Citando Michele Taruffo, anota o jurista⁷:

Como explica Michele Taruffo, (...), não há um bem talhado bloco chamado *common law*, com um bem identificado *stare decisis*. Tal

5 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os procedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Editora JusPodivm. Salvador. 2016.p. 112.

6 *Op. cit.*; p. 111-112.

7 *Op. cit.*; p. 118.

qual na tradição brasileira, há intensas disputas entre positivistas, jusnaturalistas, pós-analíticos e muitos outros, mais ainda com prevalência de concepções da origem, do raciocínio jurídico do século XIX, antes da constitucionalização e da judicialização do direito. Há o risco, portanto, de se importar algo que já esteja sendo posto em dúvida desde a sua origem.

Atualmente, o direito inglês vivencia a simplificação dos procedimentos e o avanço da legislação escrita, o que se intensificou, sobretudo, com o descrédito do *welfare state*, o ingresso do Reino Unido da União Europeia e a intensificação da globalização.

2.2. Do histórico do sistema *civil law* e suas características

O sistema *civil law*, ou romano-germânico, fundamenta-se no direito romano, mormente na atuação dos glosadores, no século XI, e do movimento da codificação, que se operou a partir do século XVIII. Assim relembra Andréia Costa Vieira⁸:

[...] a expressão *Civil Law*, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.

Trata-se do sistema adotado pela maior parte dos Estados soberanos ocidentais – incluindo o Brasil, que incorporou a tradição jurídica de seu colonizador, Portugal. Neste, como nos demais países que adotam o sistema *civil law*, parte-se da legislação escrita como instrumento de prevenção de hipóteses abstratas de solução de conflitos, detentoras, em si mesmas, de ideais de justiça.

Neste sistema, o juiz tem a atribuição do exercício da jurisdição pela subsunção do fato à norma, atendo-se às soluções previamente determinadas pelo legislador.

Em linhas gerais, o sistema *civil law* confere primazia à lei, ao contrário do *common law*, que avulta o papel do juiz na definição da questão *sub judice*. É

8 VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. 1ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor. São Paulo. 2007. p. 270.

sistematizado por códigos, divididos por assuntos jurídicos específicos, os quais contêm as leis a serem aplicadas ao caso concreto, pela subsunção do fato à norma, através da atividade interpretativa do juiz desencadeada pelo cumprimento de certos requisitos e condições para o exercício da jurisdição.

Assim, no *civil law* prevalece o princípio *iura novit curia*, pelo qual “o juiz conhece o direito”. Neste caso, o juiz conhece o direito legislado, como solução previamente determinada para a resolução do conflito, atento aos fatos e aos argumentos trazidos pelas partes.

2.3. Das deficiências do sistema *civil law* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade de adoção de novas técnicas

O Brasil, tradicionalmente, adota o sistema de *civil law*, de direito escrito, cuja aplicação, contudo, não prescinde da interpretação judicial que, dessa forma, constitui a norma jurídica aplicável ao caso concreto.

No que concerne à atuação do Poder Judiciário pátrio em aplicar as leis elaboradas pelo Poder Legislativo, pode adotar posturas exegéticas, pelas quais a decisão se restringe a enunciar o teor da norma previamente estabelecida, ou normativistas, pelas quais o ato de vontade do juiz complementaria as disposições legais.

Diante da complexidade da vida em sociedade, impossível ao legislador regular todas as situações, cuja solução foi a elaboração de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados para resolver o caso concreto, adiando eventual obsolescência das regras legalmente instituídas.

Entretanto, tal expediente trouxe efeitos colaterais severos, por ter conduzido a uma complexidade tamanha de decisões judiciais em sentidos diversos, o que leva à insegurança jurídica e ao descrédito do Estado enquanto instituição responsável pela pacificação social.

Como solução para a incompatibilidade de entendimentos jurisdicionais sobre o mesmo assunto, o legislador pátrio optou pela sistematização e racionalização

dessas decisões pela adoção de novas técnicas de decisão, como o sistema de precedentes. Esta é uma das razões pelas quais se pode dizer que o ordenamento jurídico brasileiro se aproximou, de certa forma, do sistema *common law*.

Ainda, a adoção de um sistema de precedentes pelo direito processual brasileiro pode ser relacionada ao próprio Constitucionalismo moderno, enquanto movimento mundial do Direito que se opôs ao positivismo normativista, reinterpretando e a forma de análise dos princípios, visando restringir a discricionariedade judicial em prol dos fins do Estado buscados coletivamente.

Neste sentido, destacou Gustavo Zagrebelsky⁹:

O Constitucionalismo passa a se opor ao positivismo normativista, especialmente no debate em torno dos princípios, da interpretação e da discricionariedade. Em verdade, o Constitucionalismo remodela os dois primeiros para tentar por fim à última.

Ao contrário de Zagrebelsky, Lopes Filho¹⁰ entende que o direito brasileiro promoveu um verdadeiro sincretismo metodológico ao adotar o Estado Constitucional, que, aqui, é integrado tanto pelo pensamento exegético quanto normativista, e fortaleceu tanto a discricionariedade quanto o ativismo judicial:

No Brasil, houve um sincretismo metodológico, a recepção do Estado constitucional, do novo constitucionalismo e da nova jurisdição, em vez de ocasionar a mitigação da discricionariedade, autorizou o recrudescimento do decisionismo.

Com efeito, o Constitucionalismo, ao conferir força normativa e eficácia obrigatória aos preceitos contidos na Constituição, aliado ao controle difuso de constitucionalidade adotado pelo Brasil, de inspiração estadunidense, possibilitou que qualquer juiz afastasse, no caso concreto, dispositivo de lei que entendesse inconstitucional. Isto porque ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, o juiz menospreza o conteúdo estrito da lei, dando proeminência às disposições constitucionais.

Ressalte-se que tal situação não se verifica no Reino Unido, que adota o sistema *common law*, eis que “a supremacia do Parlamento é o princípio

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Editorial Trotta, S.A., *IL Molino*. 2008. p. 65.

10 *Op. cit.*; p. 71.

constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucionalidade dos atos legislativos”, esclarece Barroso¹¹.

De todo modo, a falência do dogma da completude e o controle difuso de constitucionalidade das leis são circunstâncias especiais a demonstrar que, de maneira inexorável, por necessidade e pela própria evolução do sistema jurídico, o juiz deixou de ser mero aplicador autômato da lei, passando a ter atribuições criativas com o intuito de dar soluções justas ao caso concreto, suprimindo omissões e preenchendo lacunas. Além disso, a observância dos casos pretéritos teria o propósito de garantir a segurança jurídica e a igualdade de tratamento dos jurisdicionados.

11 BARROSO, Luís Barroso. *Curso de Direito Contemporâneo*. 2.^a ed. Ed. Saraiva. São Paulo 2010. p. 35.

3. DO SISTEMA DE PRECEDENTES ADOTADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil (2015), revogando o Código Buzaid de 1973, busca o alinhamento direto com os preceitos da Constituição de 1988, e visa dar concretude aos direitos e garantias processuais nela previstos, contribuindo para o alcance dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CR/88) pelo aprimoramento do exercício da jurisdição.

A propósito, esclarece a exposição de motivos¹² do novo *Codex* :

Um sistema processual que não proporciona à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que tem cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão sem a garantia de sua correlata utilização, no mundo empírico, por meio do processo.

No que concerne à sistemática recursal, o CPC/15 promoveu alterações expressivas, com objetivos claros de racionalização dos julgamentos, buscando a duração razoável do processo, a segurança jurídica e a previsibilidade. Dentre tais mudanças, a legislação instaurou um sistema de precedentes, que, conforme entendimento da comissão de juristas¹³ responsável pela elaboração do Código traria contribuições definitivas para o alcance dos objetivos traçados pelo Constituinte.

[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito de mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade, e, por vezes, verdadeira perplexidade da sociedade.

Prestigiou-se, seguindo a direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), e do regime de julgamento conjunto de recursos

12 SENADO FEDERAL. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7ª Ed. Atualizada até abril de 2015. Coordenação de edições técnicas. Brasília. 2015. p. 24.

13 Op. cit.; p. 27

especiais extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.

Assim, os precedentes, ao lado das súmulas vinculantes, das súmulas dos tribunais, dos julgamentos proferidos em incidentes específicos (incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência), alcançariam as pretensões legislativas de eficiência da jurisdição, segurança jurídica, igualdade e justiça.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux¹⁴, Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, defende, com veemência, a aplicação dos precedentes, no sentido de que a uniformização do entendimento jurisprudencial contribuirá para a segurança jurídica. Quanto a edição de súmulas vinculantes, assim se manifestou:

A edição de súmulas vinculantes, com efeito, apresenta diversos propósitos bem nítidos dentro do sistema jurídico-processual, visa de forma inequívoca, dar uniformidade de entendimento e aplicação das normas jurídicas, porquanto impede o tratamento diferenciado aos jurisdicionados que se encontram na mesma situação fática sem prejuízo de em decorrência de sua edição, estabilizarem-se as relações sociais, o que carrega, como consequência imediata, segurança jurídica para aqueles que se socorrem do Poder Judiciário para a solução de conflitos de interesse. Em outra senda, a súmula vinculante funciona como impeditivo natural da interposição de recursos, muitas vezes meramente protelatórios.

Apontam alguns autores, como Luis Guilherme Marinoni¹⁵ que a adoção do sistema precedentalista consiste em uma aproximação do sistema *civil law* brasileiro com o sistema da *common law*, apontando como marco a publicação Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que instituiu a Súmula Vinculante, pela inserção do art. 103-A à Constituição da República.

14 FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil. Comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da Reforma do CPC*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada com as Leis nº 11.672/2008 e 11.694/2008. Editora Impetus. Niterói. 2008. p. 278.

15 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016. p. 1318.

Seguindo tal diretriz, o Novo Código de Processo Civil adota, de forma inédita no ordenamento jurídico, um sistema vinculativo de jurisprudência, inovando no tratamento dos julgados reiterados dos Tribunais, conferindo-lhe *status* de obrigatoriedade, observados os requisitos estabelecidos na lei processual.

Todavia, o método adotado pela legislação pátria possui nuances próprias, diversas do suposto modelo que lhe deu origem.

Conforme explicitado no item 2.1 deste trabalho (*do histórico do sistema common law e suas características*), o direito comum tem como método de criação do direito a resolução dos casos concretos, considerados vinculantes para futuras situações *sub judice*.

Os precedentes, no *common law*, portanto, são formulados, em linhas genéricas, pela aplicação das decisões jurisdicionais, por meio da qual os magistrados, nos casos concretos, extraem as razões determinantes do julgamento anterior (*ratio decidendi*), para que possam ser aplicadas na situação *sub judice*. Neste sistema, a aplicação do precedente não se dá por uma imposição legal, mas advém da prática judicial de se julgar os casos idênticos posteriores aplicando a mesma razão de decidir dos julgamentos anteriores, a critério do magistrado competente para julgar a demanda.

O que parece simples, contudo, carrega uma complexidade imanente. É que o direito comum não apresenta uma única forma de extração da *ratio decidendi* (fundamento principal da decisão) dos julgados – apartada da *obiter dictum* (circunstâncias periféricas que não influenciam no resultado do julgamento) – para aplicação em situações posteriores, havendo várias doutrinas que se digladiam para definir como se daria esta operação, como os métodos *Wambaugh*, *Duxbury* e *Goodhart*, exemplificativamente.

Segundo o método *Wambaugh*, elucidado por Patrícia Perrone Campos Mello¹⁶ também conhecido como “*método da inversão*”, a *ratio decidendi* é extraída a partir da definição dos fundamentos do julgamento. O fundamento suprimido que alterar a conclusão do julgamento, será a sua *ratio decidendi*. *A contrario sensu*, o que não interferir no seu resultado, é considerado *obiter dictum*.

16 MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial no direito do constitucionalismo contemporâneo*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2008. p. 120.

Pelo método *Duxbury*¹⁷, um precedente pode ter mais de uma *ratio decidendi*, não se podendo dizer que a supressão de uma delas alteraria o resultado do julgamento: “*there are some things that can be said about ratio decidendi with certainty. It is certainty wrong, for example, to define the ratio decidendi as a proposition in a judgment which, were its meaning to be inverted would have altered the decision*”.

Por fim, pelo método *Goodhart*¹⁸, que, de forma inovadora em relação aos métodos anteriores, propõe a consideração dos fatos na pesquisa da *ratio decidendi* dos precedentes. Propõe, assim, critérios para a definição da razão de decidir dos julgados, a saber: 1) o julgador deve ter em vista que o precedente não é encontrado nas razões do julgamento, mas sim nos princípios que lhes subjazem, descobertos pela análise adequada do julgador; 2) os fatos materiais e concretos (não os imateriais, como tempo e lugar) devem ser considerados pelo julgador como circunstâncias determinantes para o julgamento. Analisando vários precedentes do direito inglês, esclarece o jurista¹⁹:

To state this is not, however, to question the authority of that law. It is clear therefore, that the first rule for discovering the ratio decidendi of a case is that it must not be sought in the reasons on which the judge has based his decision.

(...)

Having stated its reasons for reaching a certain conclusion, the court frequently sums up the result in a general statement of the law on the point at issue. Can we find the principle of the case in this proposition of law, this comprehensive expression of the rule involved, which students underline with such enthusiasm in their casebooks?

(...)

If these statements are to be understood in their literal sense, it is respectfully submitted that the words are misleading, for it is not the rule of law "set forth" by the court, or the rule "enunciated" as Halsbury puts it, which necessarily constitutes the principle of the case. (...) Nevertheless each of these cases contains a principle which can be discovered on proper analysis. So also a case may be a precedent, involving an important principle of law, although the court has given judgment without delivering an opinion. At the present time, although occasionally an appellate court will

17 DUXBURY, Neil. *The nature of authority of precedent*. Cambridge University Press. Cambridge. 2008. p. 76.

18 GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law review. Vol. XV. New Haven, Connecticut. 1930. Disponível em <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em 20/12/2017.

19 *Op. cit.*; p. 164-165 e 169.

affirm without opinion a case which involves an interesting point, we rarely find a case of any importance in which an opinion has not been written.

(...)

The first and most essential step in the determination of the principle of a case is, therefore, to ascertain the material facts on which the judge has based his conclusion.

O Brasil, no entanto, não importou diretamente o modelo precedentalista do *common law*, mas criou um método próprio. Isto porque, pelas disposições do novo ordenamento processual (CPC-2015), a legislação é que define em qual espécie de processo se criará um precedente com força vinculante em sentido forte, de obrigatória observância pelos tribunais.

Citando Lenio Streck, esclarece Bernardo Gonçalves Fernandes²⁰:

O precedente não tem força vinculante nos países que tem a *common law* como sistema, de tal forma que também não deveriam ter essa força os precedentes de *civil Law*. Na realidade, a aplicação dos precedentes deveria ter caráter eminentemente argumentativo (...). Ademais, sustenta o autor que é justamente porque os precedentes, no Brasil, tem a sua força atrelada à autoridade (e não à qualidade de seu conteúdo) que se torna necessária a atribuição de efeito vinculante pela via legislativa – o que, conforme mencionado acima, não ocorre nos países nos quais os precedentes fazem parte da cultura jurídica.

Marinoni²¹, por seu turno, reforça mais uma peculiaridade do sistema precedentalista brasileiro, ao destacar que o precedente, enquanto julgamento de um único caso concreto, não detém força vinculante de per si, dependendo, para tanto, das conclusões de incidentes específicos (IRDR ou IAC).

[...] é preciso lembrar que a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das decisões das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito. Daí que, em primeiro lugar, é preciso distinguir por uma vez mais o produto do trabalho das Cortes de Justiça – que depende ainda de uma forma específica para ser vinculante, qual seja, a do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência – do produto do trabalho das Cortes Supremas – que independe de semelhante forma, na medida em que não só recursos extraordinários e recursos

20 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Ed. *Juspodivm*. Salvador. 2017. p. 1272-1273.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016. p. 991.

especiais decididos na forma dos recursos repetitivos ou do incidente de assunção podem gerar precedentes. Em segundo lugar, é preciso ter presente que falar na observância de enunciados e acórdãos diz muito pouco. Como é evidente, o que deve ser observado é são as *rationes decidendi* que podem ser extraídas interpretativamente da justificação desses acórdãos. O art. 927, CPC, serve, porém, para deixar claro que é necessário compreender a administração da Justiça Civil dentro de uma perspectiva demarcada por competências claras a respeito de quem dá a última palavra do significado do direito no nosso país, de qual é a eficácia que se espera desses julgados e qual o tipo de comportamento que se espera para que o processo civil possa promover de maneira adequada, efetiva e tempestiva a tutela dos direitos. O art. 927, CPC, consagra a necessidade de *stare decisis* vertical no sistema jurídico brasileiro.

Para Lopes Filho²², no Brasil, em razão da tradição normativista, os precedentes são tratados de forma diversa do sistema *common law*, que supostamente lhe deu origem, como entende parte da doutrina pátria. Enquanto para a *Suprem Court* “um juiz deve apreciar vários aspectos antes de simplesmente aplicar um precedente, [como] a fundamentação, a sua viabilidade, os interesses em questão e a antiguidade do pronunciamento anterior”, no Brasil, “as decisões proferidas pelo STF são tomadas como comandos normativos”.

Ou seja, entende o referido autor que o sistema precedentalista adotado pelo CPC privilegia a autoridade que proferiu a decisão, e não o seu conteúdo. Ademais, tal procedimento constituiria uma estratégia do legislador que, sem limitar a discricionariedade judicial, reviveria, através de precedentes obrigatórios, “as ilusórias e inalcançáveis certeza e previsibilidade de matriz oitocentista, oriundo de um ceticismo realista em face das regras parlamentares”, como pontua o jurista²³.

Logo, para ele²⁴, o Brasil adotou, pelo sistema de precedentes, uma ideologia de controle promovida pelo Poder Judiciário do ápice para a base, restringindo a independência dos juízos inferiores, traduzindo-se em “*inconfesso interesse na ordenação de cúpula, independentemente da qualidade material de seus julgados*”. E arremata²⁵:

Como se percebe, o incremento da força vinculante dos precedentes, no Brasil, tem por objetivo preservar a estrutura hierarquizada do Judiciário, com seu funcionamento típico de controle de base pela cúpula. Para tanto, além de impor por lei a obrigação, que autoriza a reforma da decisão

22 *Op. cit.*; p. 116.

23 *Op. cit.*; p. 74.

24 *Op. cit.*; p. 94.

25 *Op. cit.*; p. 88.

divergente, se institucionaliza o funcionamento patológico desse tipo de estrutura mediante a criação de sanções funcionais aos recalcitrantes.

É que, como esclarece Lopes Filho²⁶, o *stare decisis*, nos países de tradição de direito comum, não é uma imposição legislativa, mas “*uma prescrição informal que os juízes seguem por prudência ou por outras razões. Sequer há uma teoria dominante explicitando porque se deve segui-los. Simplesmente é algo arraigado mediante entendimento difuso*”.

Em mesmo sentido, aponta Fernandes²⁷:

[...] a decisão jurídica segue um percurso diverso daquele realizado pelo processo legislativo, incapaz de absorver em um enunciado a generalidade e abstração própria das leis. As leis incorporam em si, durante o processo legislativo, os argumentos morais e políticos abstratos, para, então, serem traduzidas para o código deontológico do direito. O precedente, por sua vez, está vinculado ao caso concreto que lhe originou, somente fazendo sentido a partir das peculiaridades deste caso. A preocupação aqui é em encerrar o debate e resolver a questão do caso repetido, em um claro exercício de jurisprudência repetitiva que em nada se aproxima da clássica aplicação da jurisprudência pela tradição da *common law*.

Demais disso, ressalta Streck²⁸ que, no Brasil, ao contrário do *common law*, o precedente vem sendo utilizado como argumento irrefutável pelos juízes de casos futuros, perdendo sua força de ponto de partida de discussão de teses jurídicas:

[...] o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde-sempre precedente. E nem é feito em workshop ou jornadas (caso dos enunciados). Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficientes para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e, ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do Judiciário, então é que ele poderá com o tempo vir a se tornar precedente.

Tal situação, nas lições de Rosemiro Pereira Leal²⁹, vai de encontro ao direito processual da pós-modernidade, centrado em um Estado Democrático de Direito, o qual não mais vincula poder e decisão à “*mente predestinada do sábio julgador*”.

26 *Op. cit.*; p. 114

27 *Op. cit.*; p. 1249-1250.

28 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Publicado em 18/08/2016. Consulta em 01/09/2017.

29 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. D'Plácido Editora. Belo Horizonte. 2016. p. 24.

Mas, ao contrário disso, firme nas lições de Ellio Fazzalari³⁰, “*tem suas bases teóricas na razão discursiva e não mais na filosofia do sujeito voltada à reprodução e reordenação do mundo da vida por decisões centradas na prescritividade da tradição e autoridade*”. Assevera, ainda:

Ao se falar num Direito Processual da pós-modernidade, almeja-se, com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas que, em sua gênese, reúna significância de superação da heteronomia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre à crítica corretiva ampla e irrestrita. Esse direito processual assume compromisso teórico com as respostas a serem dadas numa universalidade pós-metafísica de instalação de Comunidades Jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias e operadoras autoincludentes no Estado Democrático de Direito processualmente instituído.

Logo, diante de tantas peculiaridades do sistema precedentalista brasileiro, tem-se que este não se assemelha à sua apontada origem – o sistema *common law* – sendo, portanto, um modelo próprio e diverso.

3.1. Dos artigos 926 e 927 do NCPC

Definida a problemática acerca da suposta importação do sistema de precedentes, importa esclarecer precisamente o que é o precedente, instituto próprio que se desvincula de outros mecanismos processuais de racionalização de julgados e uniformização de entendimentos jurisprudenciais.

Considerando-se que o Brasil adotou um sistema precedentalista próprio, a partir da publicação da Lei nº 13.105/15, certo é que o NCPC trouxe alterações significativas no julgamento proferido pelos juízes e tribunais, cujo método de aplicação não se limita ao direito privado. É que o NCPC passou a regulamentar, de forma geral, toda a sistemática de recursos interpostos às instâncias ordinárias e extraordinárias, cabendo as leis especiais somente a regulamentação de aspectos peculiares e de recursos próprios.

30 *Op. cit.*; p. 20.

No campo do processo civil, a adoção da teoria da vinculação dos precedentes é benéfica, tendo sido objeto de aplausos por parte significativa da doutrina, que entende dessa forma prestigiar-se a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões, a celeridade processual e a isonomia.

A título ilustrativo, citamos as lições de Fredie Didier³¹:

O importante papel que a jurisprudência exerce na construção do direito positivo parece atualmente indiscutível. A força normativa do precedente judicial aparece em diversos institutos, como a “jurisprudência dominante”(art. 557, CPC), a “súmula impeditiva de recurso”(art. 518, § 1o, CPC) e a súmula vinculante (art. 103-A, CF/88).

A principal característica do “Direito Judicial” é a de que a sua produção se faz por indução. Chamado a resolver casos concretos, o órgão jurisdicional, para criar a *norma jurídica individualizada*, precisa “criar”, a partir do Direito Legislado, a *norma jurídica geral* que “fundamenta” a solução do caso concreto. Essa norma jurídica geral que embasa o caso concreto é a *ratio decidendi*, fundamentação jurídica da decisão, que, se repetida em vários casos, dá ensejo à uniformização da jurisprudência, à edição de enunciado de súmula etc. É a *ratio decidendi* o precedente judicial que, em alguns casos, *deve* ser seguido pelo órgão jurisdicional.

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de acepção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Também favorável a utilização dos precedentes, Eduardo Cambi³² ressalta:

As litigâncias repetitivas e os inúmeros casos de decisões díspares proferidas para casos semelhantes levaram à necessidade de se adaptar as regras processuais a essa realidade e adotar mecanismos eficientes a fim de combater a “jurisprudência lotérica.

Na mesma linha, Lucio Grassi de Gouveia e Fábio Gabriel Breitenbach³³:

31 DIDIER JR., Fredie. *Editorial 49*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em 01/02/2018.

32 CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 90. v. 786. 2001. p. 111.

33 GOUVEIA, Lúcio Grassi. BREITENBACH, Fábio Gabriel. In *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Caneiro da. E outros. Ed. Juspodivm. 2ª Edição. Salvador. 2016. p. 516.

A ordem jurídica deve ser coerente, tendo em vista que, como é óbvio, não é formada apenas pelas regras e princípios, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsável a sua vida. Múltiplas decisões para situações jurídicas iguais revela uma ordem jurídica incoerente e injusta.

E, finalmente, Daniel Assumpção Amorim³⁴, para quem o sistema precedentalista contribuirá para a “*criação de um ambiente decisório mais isonômico e previsível*”.

Como visto, o NCPC impõe a observância do *stare decisis*, o que pode se dar de duas formas de: o horizontal, previsto no art. 926, do CPC, que impõe a uniformização dos precedentes no âmbito dos Tribunais, e o vertical, previsto no art. 927, da mesma lei, que determina a observância dos precedentes emanados dos Tribunais Superiores, em decisões proferidas sob rito próprio, súmulas e orientações.

Sobre a questão, anota Fernandes³⁵:

O precedente obrigatório, que possui eficácia normativa em sentido forte, é aquele que apresenta eficácia vinculativa em relação aos casos supervenientes que apresentarem situações análogas. Isso significa que, existindo um precedente ao caso que está sendo julgado, ele deve ser seguido, decidindo-se o novo caso da mesma maneira que fora decidido o anterior.

O CPC/15 parece ter privilegiado especialmente os precedentes com eficácia normativa em sentido forte, instituindo, neste sentido, um sistema amplo, pelo qual abriu-se a possibilidade de produção de precedentes vinculativos não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos de segundo grau. Nesse sentido, o diploma processual civil enumera no art. 927 os precedentes obrigatórios, que são vinculativos tanto para os Tribunais que os produziram quanto para os órgãos a eles subordinados.

Confirmam-se, a propósito, as disposições constantes dos arts. 926 e 927, do NCPC:

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.

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único. 8ª ed. Editora Jus Podivm. 2016. Salvador. p. 1299-1230.

35 *Op. cit.*; p. 1255.

§ 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;

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.

A partir da leitura destes dispositivos processuais, verifica-se que o legislador cita vários institutos, o que exige a caracterização de cada um, de forma que se possa definir seus contornos e a forma de que vale o legislador brasileiro para conferir mecanismos ao Poder Judiciário de proferir decisões baseado em julgamento pretéritos. Neste sentido, necessário definir o conceito e os efeitos dos precedentes, distinguindo-os da súmula, da súmula vinculante e da jurisprudência.

Tem-se por precedente, segundo Marinoni³⁶, “*qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido*”, servindo como razão de decidir de casos semelhantes.

Diferencia-se, assim, de institutos, por vezes, tratados pela doutrina como similares, mas, que na verdade, são próprios em seu conteúdo e efeitos jurídicos, a

36 Op. cit.; p. 1297.

saber: a súmula vinculante, a súmula e a jurisprudência. Por seu turno, a observância das súmulas dos Tribunais Superiores constitui um dos requisitos de aferição de qualidade dos trabalhos dos magistrados, para fins de promoção por merecimento, nos termos dos arts. 4º, I, e 5º, e, ambos da Resolução nº 106/10, do Conselho Nacional de Justiça.

Com efeito, o precedente é um julgado específico que, considerados todos os aspectos da decisão, passa a orientar o julgamento de casos futuros semelhantes; a súmula, por sua vez, é genérica, tratando-se de um enunciado publicado pelos tribunais, que sedimentam entendimentos acerca de teses jurídicas; por fim, a jurisprudência é a reiteração de julgamentos em mesmo sentido, apenas com força persuasiva. Em síntese, leciona Marinoni³⁷ :

Geralmente há uma confusão sobre o uso de jurisprudência e precedentes judiciais. Estes últimos são decisões baseadas em contexto de uma situação fática que deu origem ao precedente, sendo sempre inseparável a análise do caso paradigmático com o caso em questão. Por outro lado, as jurisprudências são decisões utilizadas em outros julgamentos fora do contexto original. O precedente é uma fonte do direito, assim como a lei, o costume, a doutrina e os princípios gerais. Ele também auxilia na evolução do direito na sociedade, equalizando as decisões judiciais e abrindo caminho, quando necessário, para as mudanças de entendimento.

Diz-se que do caso paradigma contido no precedente extrai-se uma *ratio decidendi* (traduzida nos principais fundamentos do julgamento, os quais, observado o princípio do contraditório, são debatidas as principais teses acerca do assunto discutido), que vinculam os próximos julgados, por razões de igualdade e de segurança jurídica. Outras argumentações presentes no paradigma, mas que não constituem a fundamentação básica da decisão são conceituadas como *obiter dictum*, ou seja, meros comentários argumentativos que não repercutem na sua conclusão.

Esclarece Fernandes³⁸:

Em outras palavras, o precedente extrai da *ratio decidendi*, a partir do

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016. p. 1299.

³⁸ *Op. cit.*; p. 1251-1252.

raciocínio indutivo, regra geral passível de aplicação a outros casos semelhantes (razão de decidir universalizável), de tal forma que a vinculação é operada pelas razões de decidir. (...) Em suma, é justamente essa norma de cunho geral produzida no julgamento da demanda que dá origem ao precedente.

Com efeito, o precedente é dotado de elementos próprios, que são três, a saber: as circunstâncias fáticas, a argumentação jurídica acerca do uso do precedente e a tese ou princípio jurídico utilizado na exposição do precedente. E, no Brasil, segundo a melhor doutrina, possui seis efeitos: a) vinculante / obrigatório/ b) persuasivo; c) obstativo de revisão das decisões; d) autorizante; e) rescidente / deseficacizante ; f) de revisão da sentença.

Sabe-se que a norma é o resultado do processo de interpretação judicial da lei, sendo que os precedentes são formados em etapa posterior em que se verifica a consolidação do entendimento dos tribunais em certo sentido, passando a compor a *ratio decidendi* para a solução de outros casos semelhantes.

Para Neves³⁹:

Como ensina a melhor doutrina, a *ratio decidendi* do precedente, a exemplo da norma legal, deve ser objeto de interpretação para ser aplicada, sendo naturalmente mais restrito o espaço de interpretação, uma vez que o precedente já resulta da interpretação de um texto legal. De qualquer forma, é importante a consideração de que o precedente em termos de interpretação é ao mesmo tempo um ponto de chegada e um ponto de partida: de chegada na interpretação da norma legal aplicável ao caso concreto e de saída para os que pretendem aplicá-lo para posteriormente decidirem processos com base no precedente.

O cuidado com a fundamentação na utilização ou rejeição de aplicação dos precedentes e dos enunciados de súmula, entretanto, não é suficiente para que um sistema baseado – ou ao menos fortemente influenciado – em precedentes funcione no direito brasileiro. Será necessária uma mudança cultural, sempre difícil, traumática e demorada, que levem os órgãos jurisdicionais a trabalharem de forma adequada com a identificação e aplicação da *ratio decidendi* dos precedentes.

Por outro lado, a alteração legislativa não fica alheia a críticas contundentes. Lenio Streck e Georges Abboud⁴⁰, em artigo jurídico intitulado “*O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?*” censuram ferozmente o denominado

39 *Op.cit.*; p. 1315-1316.

40 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Publicado em 18/08/2016. Consulta em 01/09/2017.

“sistema de precedentes” que, para eles, se trataria de uma forma criada pela nova legislação processual para aumentar demasiadamente o poder da função judiciária. Para eles, “o antigo juiz boca-fria-da-lei parece substituído por um juiz-boca-da-súmula ou ainda juiz-boca-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais superiores”.

Defendem que a atribuição vinculante – que entendem indiscriminada – aos precedentes judiciais é uma criação propriamente brasileira, que em nada se assemelha ao sistema do *common law*.

No *common law*, o precedente não se sobrepõe à legislação. De acordo com Hart, “no nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar [statute]”.^[3] O grande esteio dessas reformas, para essa parcela doutrinária, estaria assentada na justificativa de um *stare decisis* brasileiro. Ocorre que não é um Código ou qualquer outra lei que criará ou modificará nosso sistema, fazendo surgir o sistema-de-precedentes ou o próprio *common law* a partir da mera promulgação da lei. Ademais, no Brasil a introdução do sistema-deprecedentes é conseqüência do pensamento de que o *stare decisis* seria a solução ideal para remediar o problema do grande número de litígios do Brasil, ignorando a própria complexidade que é inerente ao *stare decisis* e seu respectivo sistema genuíno de precedentes. No afã de implantar o tal “sistema”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim.

Dessa forma, apregoam os autores⁴¹ que aos artigos 926 e 927 do CPC deve ser atribuída a função específica de “reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva”, e não de desenvolver uma fórmula pronta para a resolução de casos concretos, que sobreponha o julgamento abstrato de teses à análise do caso concreto:

Nesse contexto, quando estabelecemos um paradigma judicial em que os provimentos judiciais passam a ser o ponto de partida e de chegada para a solução das questões jurídicas, afastamos a centralidade legislativa do horizonte decisório.

Lopes Filho⁴² acompanha as críticas de Streck e Abboud, salientando que o paradigma normativista proposto pela Comissão de juristas diverge do paradigma

41 STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Publicado em 18/08/2016. Consulta em 01/09/2017.

42 *Op. cit.*; p. 98-99.

contextualista encontrado no *stare decisis* de tradição inglesa. Também se distingue do paradigma sistêmico dos juristas que buscam a concepção do direito como integridade. Em análise aos dispositivos apresentados no anteprojeto do NCPC, destacou o jurista⁴³:

As pretensões alinhadas à razão político-institucional descrita anteriormente são apresentadas, ainda na exposição de motivos, sob as vestes de um compromisso teórico em prol de princípios constitucionais, que, em verdade, contrariam, pois não é possível realizar qualquer princípio constitucional apenas por critérios formais.

(...)

[...] se a intenção é por o processo civil em sintonia fina com a Constituição Federal, é imprescindível que o presente tema evite referenciais teóricos do passado, como realizar uma amálgama entre as aspirações do positivismo exegético com os referenciais do positivismo normativista para resultar no positivismo judicial de cúpula. Não se deve ceder à cooptação dos poderes jurisdicionais pelo ápice judiciário. É preciso que a facilidade de acesso aos julgados seja instrumento de conhecimento mais profundo do modo de agir dos tribunais, e de como foi a construção hermenêutica dos precedentes e seus limites, e não instrumentos de vulgarização superficial dos entendimentos pretorianos, sob perspectivas simplificadoras de fórmulas supostamente autoevidentes.

Portanto, em que pesem as críticas à redação dos arts. 926 e 927 do NCPC, e suas repercussões na forma de decidir e, em última análise, na definição do caso concreto, tem-se que a sua vigência e incidência em âmbito processual é uma realidade. Ademais, não se pode desconsiderar que as leis são fruto da vontade democrática e, uma vez publicadas, possuem presunção de constitucionalidade até que de forma contrária sejam declaradas pelo Supremo Tribunal. Cabem, assim, aos atores processuais, proceder de forma a retirar o maior benefício dessa inovação legislativa, potencializando seus benefícios de integridade, certeza e segurança jurídica, e criando mecanismos que diminuam os prejuízos.

3.2. Da aplicação destes dispositivos pelos Tribunais

Certo é que a alteração recursal promovida pelo NCPC já é amplamente aplicada pelos Tribunais Superiores, exigindo fiel observância pelos juízos de 1º e de

43 *Op. cit.*; p. 98-99.

2º grau, nas mais variados assuntos de direito material, considerando-se que o referido diploma processual tem caráter de regra geral. Por constituir uma verdadeira parte da teoria geral do processo, tal sistemática de precedentes tem aplicação não somente ao direito processual civil.

Isto porque, não sendo a interpretação da lei um fenômeno setorial, mas atividade inerente a qualquer ramo do direito, “*em qualquer ramo do direito, portanto, os precedentes devem ser considerados obrigatórios*”, segundo Marinoni⁴⁴.

Assim, a construção da jurisprudência “*estável, íntegra e coerente*”, conforme dispõe o art. 926, do NCPC, deve ser observada, de igual maneira, em âmbito criminal.

Visando otimizar a aplicação dos precedentes pelo Poder Judiciário, o CNJ, através da Resolução nº 135, de 13 de Julho de 2016, regulamenta a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamento de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos no CPC, no âmbito do STJ, do TSE, do TST, do STM, dos TRFs e dos Tribunais de Justiça.

Vários são os precedentes criados pelos Tribunais Superiores, em âmbito criminal, a serem observados de forma cogente pelos juízos inferiores. Neste sentido, alguns julgados dos Tribunais Superiores que aplicam o conceito de *ratio decidendi*, considerando, pois, julgamentos pretéritos como critério de decidir:

A circunstância de que, na hipótese dos autos, o erro pela demora na nomeação do autor foi reconhecido pela própria Administração (MP/MG), e não por decisão judicial, não afasta a aplicação da mencionada e firme orientação jurisprudencial, pois a ***ratio decidendi*** constante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consagra a compreensão de que o pagamento de remuneração e a percepção de demais vantagens por servidor público pressupõe o efetivo exercício no cargo (situação incorrente na espécie), sob pena de enriquecimento sem causa.

(REsp 1238344/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2017, DJe 19/12/2017)

Em relação às teses de afronta às disposições do art. 333, I, do CPC de 1973 e ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, nota-se que, da leitura da ***ratio decidendi*** do acórdão atacado, é possível verificar,

44 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016. p. 989.

claramente, que os julgadores, validando a atividade probatória e o correspondente material cognitivo colhido nos autos, concluíram, em sede de recurso de apelação, pela caracterização de atos ímprobos, motivo pelo qual inexistia qualquer violação aos citados dispositivos legais.
(AgInt no REsp 1631900/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 27/11/2017)

Registrado pela Corte de origem que teria havido circulação escritural de crédito para efetivação de remessa de moeda para o exterior, aplica-se ao caso o entendimento consubstanciado no REsp 1.129.335/SP, cuja ***ratio decidendi*** é de que a circulação escritural de moeda constitui fato gerador da CPMF e não apenas a movimentação física dos valores pertinentes.
(AgRg no REsp 1117396/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017)

Nota-se, assim, que os Tribunais procedem de forma atécnica quando da consideração dos precedentes, conferindo força vinculativa a meras jurisprudências, o que reforça a necessidade de definição desse instituto.

4. DA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES EM ÂMBITO CRIMINAL

4.1. Do modelo de garantias constitucionais adotado em âmbito penal e processual penal face ao Estado Democrático de Direito

O direito penal e o direito processual penal possuem características bastante específicas, decorrentes de um rol de princípios particulares, decorrentes dos bens jurídicos atingidos pelas normas que lhe são respectivas, sobretudo a restrição ao direito de ir e vir decorrente da imposição da pena privativa de liberdade.

Em âmbito processual penal, esclarece Denilson Feitoza⁴⁵: “O *direito processual penal é certamente o ramo jurídico que intervém nos direitos fundamentais da pessoa humana, individualmente considerados, da maneira mais terrível, concreta, direta e “inesperada”*”.

Sobre a particularidade e relevância dos princípios e garantias penais, destaca Francesco Palazzo⁴⁶:

Tais princípios, que fazer parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal.

Demonstrada a relevância da matéria tratada em âmbito criminal, sua invasão na esfera privada dos acusados e condenados, a instrução dos processos e a prolação de sentenças devem observar rigorosamente os princípios, direitos e garantias conferidos às partes.

Desta concepção, emerge o Garantismo Penal, teoria jurídica formulada por Luigi Ferrajoli⁴⁷, em sua obra *Direito e Razão*, baseada no Estado Social, como consequência da evolução histórica dos direitos humanos vislumbrada no Direito

45 FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Prática e Práxis*. 5ª edição. Revista, Ampliada e Atualizada. Ed Impetus. Niterói. 2008. p. 42.

46 PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal. Um estudo comparado*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1989. p. 30-31.

47 FERRAJOLI. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 10ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010. p. 72

italiano. Tal teoria constitui uma resposta aos sistemas autocráticos que desrespeitavam os direitos humanos e fundamentais, impondo a observância pelo Estado de um sistema de garantias legalmente conferido aos investigados e acusados em âmbito criminal, como requisito de legitimidade para a aplicação da pena.

Trata-se, principalmente, da consideração do acusado como sujeito de direitos e da submissão do juiz à lei de modo coerente com a Constituição. Todos os poderes do Estado, assim como os indivíduos submetidos aos ditames constitucionais.

Com efeito, o Sistema Garantista (SG) é fundado em três concepções: primeiramente, em uma filosofia política de proteção de bens jurídicos; em uma teoria jurídica de validade e efetividade das normas, e; finalmente, em um modelo normativo de direito, num plano político-jurídico, que restringe a violência do Estado, maximizando a liberdade, impondo ao Estado modelos para aplicação da punição.

E, ainda, de acordo com o jurista⁴⁸, é baseado nos seguintes axiomas: 1) *nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade); 2) *nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade); 3) *nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade); 4) *nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou ofensividade); 5) *nulla injuria sine actione* (princípio da alteridade); 6) *nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade); 7) *nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionariedade); 8) *nullum iudicio sine accusationes* (princípio acusatório); 9) *nulla accusatione sine probatione* (princípio do ônus da prova); e 10) *nulla probation sine defensione* (princípios da ampla defesa e do contraditório).

Defende Douglas Fischer⁴⁹ que o garantismo não é premissa calcada apenas na proteção aos direitos fundamentais individuais, mas também em direitos sociais e coletivos, bem como nos deveres constitucionais.

Para o autor⁵⁰, é reducionista a conceituação do garantismo limitado à autolimitação do poder punitivo do Estado, impondo-se a consideração de outros direitos fundamentais sociais e coletivos e também de deveres constitucionais.

48 *Op. cit.*; p. 34.

49 FISCHER, Douglas. *O que é garantismo integral?* CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. in: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Editora Atlas. São Paulo. 2015.P. 26.

50 *Op. cit.*; p. 33-34.

[Com efeito, e na linha do que foi dito, tem-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples referência aos ditames do garantismo penal, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios de aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares da doutrina de Luigi Ferrajoli (quiçá pela não compreensão integral dos seus postulados). Dai que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se veem processados ou condenados.

Citando Perfecto Andrés Ibáñez, sustenta Fischer⁵¹ que é necessário

buscar uma estratégia baseada no respeito das regras constitucionais do jogo em matéria penal e processual penal e, de forma geral, no estabelecimento de um regime de garantias para a totalidade dos direitos fundamentais como um modo de sedimentar a democracia.

E conclui⁵²:

[...] do garantismo penal integral decorre a necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos) mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores, interesses, que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles. Qualquer pretensão à prevalência indiscriminada apenas dos direitos fundamentais individuais implica, ao menos para nós, uma teoria que denominados de garantismo hiperbólico monocular: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas de direitos fundamentais individuais dos cidadãos, o que, como visto, nunca é e nunca foi o propósito único do garantismo penal integral.

Na mesma linha, entende Andrey Borges⁵³:

Partimos, assim, do pressuposto de que ao lado das garantias penais e processuais penais do acusado, expostas na teoria de Ferrajoli, surgem outros bens jurídicos na sociedade que devem ser igualmente tutelados pelo

51 *Op. cit.*; p. 34.

52 *Op. cit.*; p. 48.

53 BORGES, Andrey. *Prisão e outras medidas cautelares*. 1a ed. Ed gen. São Paulo. 2011. p. 178.

Processo Penal, em decorrência de mandamentos de proteção estipulados no próprio ordenamento constitucional, reforçados pelos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil.

Corroborando a tese do garantismo integral, citando Daniel Sarmento, defende Vlamir Costa Magalhães⁵⁴:

O que foi dito sobre o movimento garantista leva à conclusão de que o Direito Penal não deve restringir-se à preservação dos 10 axiomas proclamados pela particular visão de Luigi Ferrajoli sobre os direitos fundamentais. No contexto da vigente Constituição de 1988 e do Estado democrático de direito por ela sustentado, a função do Direito Penal ultrapassa estes limites para o fim de abranger, sempre que se fizer necessário, o resguardo de todas as categorias de direitos fundamentais, qualquer que seja sua geração ou dimensão. Na perspectiva da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais e dos textos normativos a eles concernentes (constitucionais, legais e convencionais), não cabe afastar as tradições em bloco, mas também não se deve aceitá-las acriticamente, referendando seus vícios e distorções SARMENTO, 2010, p. 224).

Assim, propõe Fischer⁵⁵ a aplicação das teses gerais relativas aos direitos fundamentais de vedação ao excesso e de proteção insuficiente, noções institucionalizadas no direito pátrio a partir dos estudos do Ministro Gilmar Mendes sobre o direito alemão, assim sintetizados em trecho de voto exarado em julgamento proferido no STF:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

(STF. HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012)

54 MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista*. Disponível em <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>. Acesso em 10/02/2018.

55 *Op. cit.*; p. 48.

Como exemplos concretos de decisões jurisdicionais em prol do garantismo integral, Fischer⁵⁶ apresenta as seguintes teses: 1) possibilidade de o MP realizar procedimentos investigatórios; 2) possibilidade de ultrapassagem do prazo de 30 dias para interceptações telefônicas; 3) possibilidade de execução da pena após proferida decisão de 2º grau.

Sabido que a formatação do sistema garantista em matéria penal e processual penal e a rigidez do princípio da legalidade impõem que a função legislativa seja exercida exclusivamente pelo legislador, não podendo, em princípio, ser delegada a juízes e tribunais.

Note-se que a observância estrita das normas penais e processuais penais constitui garantia em favor do acusado, requisito indispensável à legitimidade das decisões criminais proferidas por juízes e tribunais, a repercutir diretamente na formulação e aplicação do sistema de precedentes.

Sobre a questão, pontua Hermes Zaneti Jr⁵⁷:

Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil. No direito penal e no processo penal o princípio da legalidade é reforçado pelo sistema garantista (SG). No contexto dos precedentes, esta mudança de lógica do direito civil em sentido amplo para o direito penal e processual penal implica em conhecer o campo do direito em que se trabalha impõe limites ao julgamento no momento de considerarem a universalização de suas decisões.

Logo, a aplicação do sistema de precedentes no Direito Penal e Processual Penal, por impor a vinculação dos precedentes relativos aos julgamentos proferidos pelos Tribunais Superiores, deverá observar as peculiaridades de cada ramo do direito. Tais peculiaridades constituiriam óbice, por exemplo, à aplicação de analogia *in malam partem* ou à criação de tipos penais.

⁵⁶ *Op. cit.*; p. 50.

⁵⁷ ZANETI JR., 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)*. DIDIER, Fredie (coord) Coleção repercussões do novo CPC. Processo Penal. Vol. 13. Salvador: Jus Podivm. 2016.p. 454.

4.2. A utilização do sistema de precedentes em âmbito criminal: reforço ou fragilização do modelo adotado pela Constituição Federal

A construção do precedente, considerada a especificidade do sistema precedentalista brasileiro, observa não só critérios legais, mas também as circunstâncias específicas do caso paradigma, que passará a vincular as futuras decisões.

No âmbito criminal, além de tais considerações, a aplicação dos precedentes deverá observar toda a principiologia deste ramo do direito, mormente a legalidade e os demais axiomas do Sistema de Garantias, para que a eficiência deste sistema esteja aliada à segurança jurídica e a legitimação das decisões judiciais.

Neste sentido, Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁵⁸ sustenta que a uniformização da jurisprudência, através de mecanismos como a súmula vinculante, pode contribuir para a aplicação do princípio da legalidade ao possibilitar a equidade na aplicação do direito:

[...] em que pese a inafastabilidade da interpretação, também no âmbito do direito penal, a existência de rígidos parâmetros constitucionais limita sobremaneira o grau de liberdade do intérprete, que encontra-se atrelado à taxatividade legal.

O STF, em publicação intitulada *“Coletânea Temática de Jurisprudência – Direito Penal e Processual Penal”*⁵⁹, promove um compilado de seus julgados, organizados por assunto, com vistas a propiciar o conhecimento ao público sobre os temas julgados pela Excelsa Corte. Logo na apresentação do texto, destaca: *“sua grande virtude está em propiciar ao público em geral um conhecimento mais analítico sobre os temas nela tratados”*.

Sem embargo da relevância desta espécie de material para o trabalho dos advogados e análise da doutrina, nota-se que a citada publicação combina conceitos distintos, ora tratando a jurisprudência como reiteração de julgados em mesmo

58 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.. *Notas sobre as Súmulas Vinculantes em matéria penal*. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/114197/mod_resource/content/1/S%C3%9AMULA%20VINCULANTE%20EM%20MAT%C3%89RIA%20PENAL.pdf. Acesso em 12/01/2018.

59 STF. *“Coletânea Temática de Jurisprudência – Direito Penal e Processual Penal”*. 2ª edição. Atualizada até o DJe de 01 de Fevereiro de 2016 e Informativo STF 814. Brasília. 2016.

sentido, ora como sinônimo de precedente, diante do “*caráter paradigmático*” de suas decisões. A propósito:

O Supremo Tribunal Federal, como guardião máximo da Constituição, tem uma imensa responsabilidade ao exercer sua jurisdição em matéria penal, tema dos mais sensíveis à sociedade. O dever de preservar, nos processos judiciais, as liberdades e garantias individuais em consonância com o texto constitucional e com os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário confere um caráter paradigmático às decisões da Corte, órgão de cúpula do Poder Judiciário no País.

A Coletânea Temática de Jurisprudência foi concebida com o propósito de aprimorar a divulgação da produção jurídica do Supremo Tribunal Federal, partindo de criteriosa seleção da jurisprudência da Corte.

(...)

A jurisprudência que se constrói a partir do confronto entre o dispositivo literal em abstrato e as peculiaridades de cada caso concreto dá a medida do momento histórico em que exsurge e se mostra necessária para o balizamento e a evolução da atuação estatal em termos de controle normativo da sociedade.

Verifica-se, assim, que o sistema precedentalista brasileiro, sob várias formas e institutos, é uma realidade. É preciso, entretanto, a definição precisa de cada instituto processual e seus limites de vinculação aos julgados posteriores, fortalecendo a segurança jurídica e as garantias constitucionais.

A par da necessidade de observância obrigatória dos julgados para se garantir coerência e integridade ao ordenamento jurídico como um todo, é preciso definir como, por quais razões e em qual medida se dará a vinculação desses julgamentos. Sendo estes orientados pela interpretação da lei em cotejo com os fatos em questão, sobreleva-se a importância da *distinção (distinguishing)* para que se defina se a situação previamente definida será ou não aplicável ao caso concreto posterior.

4.3. Compatibilização do sistema processual de precedentes com as garantias constitucionais penais e processuais penais

A sistematização das normas de natureza criminal, tanto materiais quanto processuais, observaram princípios próprios, o que poderá impor a consideração de certos requisitos para a sua implementação.

Quando do surgimento das súmulas vinculantes, Mariângela Gomes⁶⁰ já sinalizava que o instituto traria a tona discussão concernente à atribuição de legislar, se estaria esta sendo usurpada pelo Poder Judiciário. Em conclusão, a autora defende que não; na verdade, a possibilidade de edição da súmula vinculante possibilitaria *“uma nova forma de pensar o direito que se dá por meio dos precedentes judiciais”*.

Ainda no campo penal, sustenta a autora a importância deste novo instituto, além dos precedentes, que, ao seu sentir, *“em muito pode contribuir para o fortalecimento de garantias individuais”*, por tornarem mais estável e previsível a aplicação do direito legislado.

Hermes Zanetti⁶¹ já sinaliza neste sentido, ao manifestar seu entendimento no sentido de que é negativa a aplicação ampla e irrestrita do sistema de precedentes ao direito penal e ao processual penal, restringindo-os pelo *“Princípio da Reserva de Código”*.

Isto porque, para este jurista⁶², o modelo garantista apresenta nuances diversas quanto analisado sob a ótica civilista e sob a ótica criminal. Neste sentido:

Muito embora o garantismo solicite ao legislador que assuma seu papel de forma mais efetiva também para o direito civil *lato sensu*, é justamente no direito penal que a abertura semântica deixada pelo legislador contraria frontalmente o paradigma constitucional garantista, significando um indevido retorno ao modelo pré-moderno e pré-iluminista, incompatível, não só com o garantismo, mas com a própria ideia de Estado de Direito e de Estado Democrático Constitucional.

Logo, entende o doutrinador⁶³, que *“confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito”*. E conclui⁶⁴:

60 *Op. cit.*

61 ZANETI JR., 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)*. DIDIER, Fredie (coord) Coleção repercussões do novo CPC. Processo Penal. Vol. 13. Salvador: JusPodivm. 2016.p. 456.

62 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativo formalmente vinculantes* [2015]. 2ª ed., revista e atualizada. Jus Podivm. Salvador. 2016. P. 383

63 *Op. cit.*; p. 456.

64 *Op. cit.*; p. 456.

[...] ao contrário do que acontece com o direito civil em sentido amplo (no direito brasileiro, o juiz civil tem competência para julgar matérias de direito civil, processual, comercial, administrativo, tributário, ambiental e do consumidor, entre outros) no qual a descodificação pode ser positiva e a introdução de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados atende a um imperativo de tutela desses direitos, no direito penal – e também nos demais ramos do direito que adotam o sistema de legalidade estrita – este processo de descodificação atua contra a função constitucionalmente assegurada.

O direito penal deve ser compreendido como Magna Charta do delinquente. Portanto, no direito penal, a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina.

Assim, sugere o autor⁶⁵, no intuito de atender a reserva legal, a adoção de um sistema que denomina de circularidade: “*o legislador estabelece o texto legal, os juízes e os tribunais o interpretam, o legislador integra o texto legal com a interpretação fixada pelos tribunais*”.

Não obstante reconheça a inevitabilidade do sistema de precedentes em matéria criminal, sugere Zanetti⁶⁶ a adoção das seguintes providências:

- a) ao precedente favorável ao réu: aplicação imediata;
- b) ao precedente desfavorável ao réu: aplicação somente a fatos futuros;
- c) aos processos em andamento: aplicação dos precedentes solucionados sem efeitos normativos, cujas decisões valerão apenas como “jurisprudência persuasiva”.

De fato, a utilização dos precedentes, sobretudo em âmbito criminal, deve ser feita de forma criteriosa e acurada, sobretudo diante da relevância dos bens jurídicos em jogo.

Assim, neste ponto, impende considerar a natureza jurídica dos precedentes para fins de considerá-los como risco à legalidade e ao sistema de garantias constitucional, sob o prisma do garantismo integral.

Diante da legalidade estrita, há que se considerar que, via de regra, o papel do Judiciário, não é criativo, ou seja, não invade a atribuição do Poder Legislativo de editar normas. Sua atuação se limita a extrair o conteúdo da norma, pela

⁶⁵ *Op. cit.*; p. 457.

⁶⁶ *Op. cit.*; p. 551.

interpretação dos dispositivos legais. Até porque, segundo Carlos Maximiliano⁶⁷, tudo é passível de interpretação, inclusive o silêncio.

Somente pela interpretação da lei é possível extrair a norma. A lei é o ponto de partida e o limitador da interpretação. Assim leciona Miguel Reale⁶⁸: “[...] *a criação jamais pode ir além do desenho intencional ou do horizonte daquilo que lhe cabe compreender e expressar. A liberdade do intérprete fica sempre contida nos limites de uma estrutura objetivada*”.

Neste sentido, restringindo-se o precedente a aclarar o conteúdo do texto normativo, respeitado estaria o sistema de garantias constitucional.

Lado outro, se considerado como de conteúdo normativo, ao precedente não escapará a observância da legalidade, pois como lei será reverenciado e observado pelos julgamentos posteriores.

Note-se que princípio da legalidade é uma importante conquista histórica que visa proteger o cidadão do arbítrio punitivo do Estado, ao determinar que penas e sanções somente podem ser estabelecidas pela lei. Assim, para fins de aplicação da lei penal, exige-se maior clareza e precisão dos enunciados normativos.

De forma atenuada este fenômeno se verificára no processo penal, dada a aplicação imediata dos dispositivos processuais, tanto em matéria cível quanto penal, viabilizando a aplicação imediata dos precedentes.

67 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3ª ed. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1941. p. 23

68 REALE JUNIOR, Miguel. *Razão e subjetividade no direito penal*. In Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004. p. 242-243.

5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA COMPATIBILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES CRIMINAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

O Ministério Público, pela Constituição de 1988, é função essencial à Justiça, ao lado da advocacia, da advocacia pública e da defensoria pública, a quem incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da CR/88).

Funções essenciais à justiça, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁹, constituem “um complexo orgânico-funcional destinado a instrumentalizar a segurança jurídica dos interesses protegidos pela ordem jurídica instituída pelo Estado, através de poderes postulatórios que lhes são outorgados”.

Em relação às funções específicas conferidas ao Ministério Público, entende o referido autor⁷⁰ que a defesa da ordem jurídica deve ser considerada em seu sentido amplo, englobando tanto a proteção de legislação quanto de princípios e de preceitos normativos.

De igual forma, a proteção do regime democrático também deve ser considerada em amplo sentido, como a defesa dos “valores afetos à cidadania”, extrapolando a mera observância do processo legislativo.

Finalmente, a defesa dos direitos e deveres individuais e indisponíveis, são aqueles “assim definidos pela própria ordem jurídica, tanto em escala individual como metaindividual”.

Cândido Rangel Dinamarco⁷¹, ao citar Roberto Lyra, define o Ministério Público como órgão “depositário de tradições e imagem de tendências”. Sendo assim, Dinamarco⁷² entende que “tanto maior é a importância da instituição na sociedade quanto mais avançado for o estágio de desenvolvimento dessa tendência de eliminar privilégios e promover a igualdade entre todos os indivíduos do grupo”.

69 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O MINISTÉRIO PÚBLICO - DEVERES CONSTITUCIONAIS DA INSTITUIÇÃO FACE A SITUAÇÕES DE INSEGURANÇA JURÍDICA PRÉ-CRÍTICA*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 30 | p. 78 | Jan / 2000.

70 *Op. cit.*

71 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O Ministério Público na sistemática do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em Lins, em 25 de maio de 1968. p. 148.

72 *Op. cit.* p. 166

E prossegue⁷³:

Como hoje, o Ministério Público de ontem era um guardião da lei e do direito. Sucede apenas, como já o dissemos, que o Direito de hoje tem espírito diverso do que tinha o Direito os tempos idos. Hoje é, como instrumento do Estado, acima de tudo um instrumento da realização de uma ordem social em que o maior número de indivíduos, a população inteira, tenha tratamento igualitário, condizente com a dignidade espiritual de cada um. E nisso é que o Ministério Público de hoje se diferencia de suas formações primitivas.

(...)

Pois em todo e qualquer processo em que funciona um promotor de justiça, ele opera como “*órgão dos interesses indisponíveis*”. Aparece ele assim no juízo criminal, onde representa o interesse da sociedade na aplicação da pena, com seus reconhecidos fins expiatórios e preventivos contra fatos de valor marcadamente negativo na busca dos objetivos da sociedade. Agindo em nome desta, e não por si só, muito pequena é a sua margem discricionária, porque o próprio grupo social não pode dispor de certas prerrogativas ligadas intimamente às suas necessidades e desenvolvimento.

Considerando-se a titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, e o legítimo direito de resistência do acusado no curso da persecução penal (dado que não detém o ônus processual de contradizer à acusação, cabendo a esta provar todos os elementos e circunstâncias da prática de um delito para fins de imposição da sanção penal), revela-se este órgão estatal como um grande colaborador ativo na elaboração de teses e verificação da compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Enquanto titular da ação penal e guardião do regime democrático, mostra-se de extrema relevância o papel do Ministério Público no controle da utilização dos precedentes. Primeiramente, ao detectar o momento em que ele pode ou não ser utilizado, por se estar diante de um princípio ou de uma regra, segundo, pela fiscalização da vinculação dos tribunais aos julgamentos obrigatórios, terceiro, pela aplicação da regra da distinção, quando ela se fizer necessária, afastando concepções judiciais solipsistas, vinculadas simplesmente à convicção do julgador. Sobre a importância da atuação processual das partes na construção do precedente, leciona Marinoni⁷⁴:

⁷³ *Op. cit.*; p. 167-168

⁷⁴ *Op. cit.*; p. 992-993.

O processo de identificação e aplicação do precedente depende da interpretação do material constante da decisão. É por essa razão que por vezes se diz que o precedente é de certo modo formado por seus destinatários. É claro que isso só pode querer dizer que o precedente depende de interpretação para ser percebido como tal pelo órgão judicial. Essa é a razão pela qual o art. 927 do CPC, determina que os juízes, desembargadores e ministros decidam, ao aplicarem precedentes, observando o direito ao contraditório (art. arts. 5º, LV, CF e 9º e 10, CPC) e o dever de fundamentação analítica (arts. 93, IX, CF, e 489, § 1º, CPC). Isso quer dizer que há dever de debater previamente a aplicação de um precedente a um dado caso concreto – acaso não tenha sido ainda debatido pelas partes no processo – e que há dever de identificação precisa da identidade ou semelhança entre os aspectos fático-jurídicos dos casos capazes de justificar a aplicação do precedente. Essas práticas são essenciais para evitar o risco de um sistema de precedentes se desvair em um sistema de padronização voltado à transformação do juiz em uma espécie de reproduzidor de decisões anteriores que não guardam qualquer relação com o caso concreto.

No âmbito dos Ministérios Públicos, o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ), criou o Grupo de Acompanhamento de Processos de Interesse do Ministério Público nos Tribunais Superiores (GAP/CNPJ)⁷⁵, que objetiva a unidade de atuação do Ministério Público em recursos constitucionais, estabelecendo um Ministério Público mais coeso dentro dos Tribunais Superiores.

Infelizmente, a legislação vem desconsiderando a importância do órgão ministerial no sistema precedentalista, a exemplo do contido no art. 6º, § 6º, da citada Resolução nº 135, de 13 de Julho de 2016, do CNJ, que apenas admite a participação dos Ministérios Públicos na padronização dos precedentes em processos administrativos, o que ficará a critério da convocação dos tribunais. Confira-se a redação do dispositivo:

Art. 6º (...)

[...]

A critério do tribunal, **poderão ser convidados** a acompanhar as reuniões da Comissão Gestora de que trata o § 3º um representante da Ordem dos Advogados do Brasil, indicado pelo Conselho Federal, e um representante do Ministério Público.

Note-se que, como exigência do constitucionalismo contemporâneo, já tratado neste trabalho, a legitimidade dos julgamentos não se restringe à sua adequação

⁷⁵ Disponível em: <http://www.cnpj.org.br/index.php/cap>. Consulta em 01/01/2018.

formal, o que impõe ao Ministério Público a atribuição de, também, analisar a conformação material do precedente com a principiologia criminal sob o aspecto do garantismo integral. Somente assim atuará, de fato, como fiscal do ordenamento jurídico, função ampliada que lhe foi conferida pelo NCPC.

É que, nas palavras de Leal⁷⁶:

A processualidade jurídica institucionalizadora e recretativa do acervo normativo do Estado Democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação do direito), que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia.

É na pós-modernidade concebida por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação da paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, é que se realizaria a legitimidade do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo.

Ademais, o sistema de precedentes confere novo papel ao juiz, cujo atendimento ao referido método de decisão exige fundamentação própria e exauriente, a fim de demonstrar a pertinência do caso paradigma à situação sub judice, o que, em âmbito criminal, deve ser sempre fiscalizada pelo *Parquet*.

Cremos, portanto, ser papel fundamental do Ministério Público assentar as bases da utilização dos precedentes nos casos em que a sua utilização se mostre imprescindível, atendendo-se ao constitucionalismo contemporâneo.

Assim, em caso de lei expressa em matéria criminal, é ela quem deve ser aplicada, devendo a atuação criativa jurisdicional se restringir ao esclarecimento de omissões. Neste sentido, a filtragem constitucional da legislação editada previamente à Constituição de 1988, adequando-se ao paradigma constitucional, sem se descurar das variadas legislações posteriormente editadas que visam justamente promover esta adequação. Tal situação se verifica, sobretudo, nas alterações legislativas procedidas no Código de Processo Penal, na parte relativa às

76 *Op. cit.*; p. 25.

prisões processuais. Assim, a observância à formalidade processual legalmente prescrita garantirá o respeito aos direitos assegurados aos acusados e investigados.

Abre-se a via do sistema precedentalista em caso de omissões e lacunas legislativas, de modo a garantir que os contornos definidos pelos Tribunais tenham aplicação isonômica.

Neste ponto, importante observar que o precedente se firma por sua especificidade, o que impede a consideração de fatos, legislação e princípios para a sua construção. Assim, não só a forma da integração constituem os precedentes, mas também os aspectos materiais das decisões vinculantes, prezando, assim, pelo aprimoramento do Estado Democrático segundo o paradigma da Constituição de 1988.

Ainda, deverá velar pela alteração jurisprudencial de forma equilibrada, impedindo-se assim as “*guinadas jurisprudenciais*”, atendendo-se ao disposto no art. 927, § 2º, do CPC, promovendo debate mais amplo sobre as referidas alterações.

Entendemos, portanto, à luz dos axiomas do Sistema de Garantias e das atribuições constitucionais do *Parquet* que esta instituição tem funções relevantes e insubstituíveis na aplicação do sistema precedentalista, devendo fiscalizar a observância do princípio da legalidade, velar para que a aplicação dos julgados vinculantes não seja limitada à análise de ementas por mera subsunção, pela fundamentação das decisões lastreadas em julgamentos anteriores, exigindo o cumprimento do dever de autovinculação do tribunal ao seus próprios julgados, além de outras relevantes questões nas conduções dos processos penais.

6. CONCLUSÃO

Não escapa ao direito penal e ao direito processual penal a observância ao sistema de precedentes instituído pelo NCPC. Dada a peculiaridade e relevância dos bens jurídicos discutidos em âmbito criminal, imperiosa a definição dos contornos deste novo método de decisão, que, como visto, não guarda qualquer relação com o sistema de que supostamente teria derivado, qual seja, o *common law*.

Em assim sendo, ao Ministério Público, enquanto titular da ação penal, não pode escapar a importância do estudo do sistema de precedentes, com vistas a defesa do ordenamento jurídico, sobretudo sistema de garantias penais e processuais penais, sob o prisma do garantismo integral.

É preciso, assim, que o *Parquet* reconheça a nova atribuição que a lei lhe conferiu, no sentido de contribuir diretamente para a racionalidade do sistema criminal ao velar pela regularidade da construção e aplicação dos precedentes que surgem das decisões proferidas no processo penal. Somente dessa forma se resguardará a observância do Estado Democrático de Direito, enquanto norma fundante do Estado Brasileiro, afastando decisionismos e arbitrariedades. Tarefa para os fortes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. "*Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal.*" Brasília: ESMPU. 2010.

BARROSO, Luís Barroso. *Curso de Direito Contemporâneo*. 2.^a ed. Ed. Saraiva. São Paulo 2010.

BORGES, Andrey. *Prisão e outras medidas cautelares*. 1a ed. Ed gen. São Paulo. 2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao Art. 15. In.: WANBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Ed. RT. São Paulo. 2015.

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Giappichelli. Torino. 2007.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo. Ano 90. v. 786. 2001.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8^a ed. Giuffrè. Milano. 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Ed. Martins Fontes. Sao Paulo. 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao processo e ao processo de conhecimento*. 17^a ed. Ed. Jus Podivm. Salvador. 2015.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *O Ministério Público na sistemática do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em Lins, em 25 de maio de 1968.

DRUMMOND, P. H.; CROCETTI, P. S. *Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law*. In *A Força dos Precedentes*. Org. Luiz Guilherme Marinoni. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature of authority of precedent*. Cambridge University Press. Cambridge. 2008.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal. Teoria, Prática e Práxis*. 5ª edição. Revista, Ampliada e Atualizada. Ed Impetus. Niterói. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 13ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Ed. Juspodivm. Salvador. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*. Il Mulino. Bologna. 2013.

_____. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 10ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2010.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo integral?* CALABRICH, Bruno. FISCHER, Douglas. PELELLA, Eduardo. in: *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Editora Atlas. São Paulo. 2015.

_____. *O que é Garantismo Penal (Integral)?*. In *Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Bruno; PELELLA, Eduardo. 2ª tiragem. Editora Juspodivm. Salvador. 2010.

FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil. Comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da Reforma do CPC*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada com as Leis nº 11.672/2008 e 11.694/2008. Editora Impetus. Niterói. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial: Do Princípio da Legalidade às Súmulas Vinculantes*. Atlas. São Paulo. 2008.

Vinculantes em matéria penal. Notas sobre as Súmulas Disponíveis em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/114197/mod_resource/content/1/S%C3%A9AMULA%20VINCULANTE%20EM%20MAT%C3%89RIA%20PENAL.pdf. Acesso em 12/01/2018.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. Yale Law review. Vol. XV. New Haven, Connecticut. 1930. Disponível em <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>. Acesso em 20/12/2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. BREITENBACH, Fábio Gabriel. In *Precedentes*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Coord. DIDIER JR. Fredie. CUNHA, Leonardo Caneiro da. E outros. Ed. Juspodivm. 2ª Edição. Salvador. 2016.

HART, Herbert. O conceito de direito, 5.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 112.

LACERDA, Galeno. *O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Gisele. *A gradativa aproximação do sistema civil Law ao common Law*. https://www.academia.edu/16526934/Aproxima%C3%A7%C3%A3o_do_civil_law_do_common_law. Consulta em 05/10/2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Editora JusPodivm. Salvador. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. *O “Diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Eirk Jaime*. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. ed. RT. São Paulo. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*. Justificativa do Novo CPC. Ed. RT. São Paulo. 2016.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2013.

MACEDO, Lucas Buril de. *A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça*. Revista de Processo, n. 216. Ed. RT. São Paulo. 2013.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. *O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista*. Disponível em <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/205-747-7-pb.pdf>. Acesso em 10/02/2018.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 3ª ed. Ed. Freitas Bastos. Rio de Janeiro. 1941.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. Ed. Malheiros São Paulo. 2014.

MELLO, Patricia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial no direito do constitucionalismo contemporâneo*. Ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2008.

MENDONÇA, Audrey Borges de. *A reforma do Código de Processo Penal sob a ótica do garantismo integral*. In *Garantismo Penal Integral. Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Org. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Bruno; PELELLA, Eduardo. 2ª tiragem. Editora Juspodivm. Salvador. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Ministério Público Deveres Constitucionais Da Instituição Face A Situações De Insegurança Jurídica Pré-Crítica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 30 | p. 78 | Jan / 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. único. 8ª ed. Editora Jus Podivm. Salvador. 2016.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém. 2011.

REALE JUNIOR, Miguel. *Razão e subjetividade no direito penal*. In Ciências Penais. Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais, v. 1, Revista dos Tribunais. São Paulo. 2004.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André. *Direito Penal – Parte Especial*, v. 2. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 337/338.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 1ª ed. Editora Saraiva. 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Publicado em 18/08/2016. Consulta em 01/09/2017.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. 1ª Edição. Sergio Antonio Fabris Editor. São Paulo. 2007.

VILLA, Vittorio. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

VINCIGUERRA, Sérgio. *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova: CEDAM, 1992 apud CADOPPI, Alberto. Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità; Torino: Giappichelli, 2007.

WANBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. WANBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Direito jurisprudencial, São Paulo, Revista dos Tribunais. 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Editorial Trotta, S.A., *IL Molino*. 2008.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2ª ed., revista, ampliada, alterada, São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* [2015]. 2ª ed., revista e atualizada. Jus Podivm. Salvador. 2016.

_____. *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)*. DIDIER, Fredie (coord) Coleção repercussões do novo CPC. Processo Penal. Vol. 13. Jus Podivm. Salvador. 2016.