

**TRANSCRIÇÃO DA PALESTRA: NOVO CPC:
PRECEDENTES VINCULANTES PROFERIDA
POR ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ,
PARTE DO EVENTO “SEGUNDA-FEIRA, ÀS
18H”, REALIZADO EM 13 DE JUNHO DE 2016**

MESTRE DE CERIMÔNIAS: O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por meio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - Ceaf, dá as boas-vindas a todos no “Projeto Segunda-feira, às 18h”, uma iniciativa que tem por objetivo a discussão de temas jurídicos contemporâneos. E, na edição de hoje, trataremos sobre os precedentes vinculantes do Novo CPC. Excepcionalmente hoje, teremos, também, a assinatura do Termo de Cooperação Técnica entre o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e a Faculdade de Direito Milton Campos. Convidamos para compor a Mesa o Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Carlos André Mariani Bittencourt; o Corregedor-Geral do Ministério Público, Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado; o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogério

Schietti; o Defensor Público e Coordenador Cível da Capital Alexandre Tavares, representando o Defensor Público-Geral em exercício, Wagner Ramalho Lima e o Advogado-Geral Adjunto Marcelo Pádua Cavalcanti, representando o Advogado-Geral do Estado Onofre Alves Batista Júnior.

Destacamos a presença do Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público, Procurador de Justiça Jarbas Soares Júnior; do Presidente da Faculdade de Direito Milton Campos, professor Pedro José de Paula Gelape; da Vice-Diretora da Faculdade de Direito Milton Campos, Tereza Mafra e da professora Lúcia Massara.

PROCURADOR DE JUSTIÇA PRESIDENTE JARBAS SOARES JUNIOR: Boa noite. Saúdo todos os ilustres componentes da Mesa.

O Ministério Público, conforme orientação do Procurador-Geral de Justiça, organizou as segundas-feiras para a discussão de temas jurídicos

contemporâneos e com pessoas que agregam o nosso conhecimento e nossa atividade profissional. Temos o privilégio de receber o colega, Rogério Schietti, cuja presença é da mais alta relevância.

Vamos assinar um termo de cooperação com a Faculdade Milton Campos. O convênio celebrado vai permitir ao Ministério Público realizar com as Faculdades Milton Campos a pós-graduação *lato sensu*, que será realizada na nossa instituição. Agradeço aos integrantes das Faculdades Milton Campos, não só pelo convênio, mas pela presença. Muito obrigado e um bom curso.

MESTRE DE CERIMÔNIAS: Termo de Cooperação Técnica que, entre si, celebram o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por intermédio da Procuradoria-Geral da Justiça, com a interveniência do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, Ceaf, e o Centro Educacional de Formação Superior Limitada - Cefos, com a interveniência da Faculdade de Direito Milton Campos. Assinam pelo Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt, o Diretor do Ceaf, Procurador

de Justiça Jarbas Soares Júnior; pela Faculdade Milton Campos, assinam o professor Pedro José Paula Gelape e a professora Lúcia Massara. O termo de cooperação vai devidamente assinado.

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT: Boa noite. Cumprimento o Ministro Rogério Schietti, que nos honra com sua presença; o Corregedor-geral, o Dr. Paulo Roberto Moreira Cançado, os representantes da OAB, da Defensoria Pública, a Diretoria da Faculdade Milton Campos. É grande a satisfação de firmar esse Termo de Cooperação Técnica com a renomada Faculdade Milton Campos.

Cumprimento, também, de forma especial o nosso ex-Procurador-Geral de Justiça, Doutor Epaminondas Fulgêncio, que intermediou e aproximou o Ministério Público da Faculdade Milton Campos; o Doutor Jarbas Soares Júnior, Diretor do Ceaf, que tem promovido várias atividades junto ao nosso Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. O Ceaf foi tomando dimensão ao longo do tempo, deixando de promover apenas

um treinamento inicial para os novos membros da instituição, para alargar as suas atividades de formação e de desenvolvimento intelectual de membros e servidores. Recentemente, transformou-se numa escola de governo. Muito obrigado e bom proveito.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO

CRUZ: Agradeço ao Ministério Público de Minas Gerais pelo honroso convite que me foi feito na pessoa do Doutor Jarbas Soares, amigo de longa data.

Registro um agradecimento muito especial ao Doutor Carlos André Bittencourt, por me receber no Ministério Público. Estou realmente me sentindo em casa, não apenas porque volto às Minas Gerais, mas porque sou nascido nesse estado.

Trata-se de um tema relativamente novo, não só porque ele vem robustecido pelo Novo Código de Processo Civil, mas porque é um tema pouco estudado nas faculdades. Sempre tivemos a ideia de que o Direito brasileiro, por integrar a família do Direito romano-germânico, de origem romano-

germânica, integrante da *Civil Law*, não se rege pelos precedentes, o que constitui um grande erro. Mais do que nunca, tem se afirmado a noção de que, como no Direito dos países anglo-americanos, o Direito brasileiro também se rege pela força dos precedentes, não com a mesma tradição e intensidade, mas com intensidade crescente. Daí a dificuldade de vivenciar o estudo do tema com escassa literatura no país, e, acima de tudo, com uma rarefeita assimilação conceitual de tudo aquilo que implica a noção de sistema de precedentes. Notamos a divisão clássica dos países integrantes do sistema do *Common Law*, em que sempre se teve muita confiança na figura do juiz e, lado outro, o sistema de *Civil Law*, do qual fazemos parte, em que a confiança sempre foi muito maior na figura do legislador.

Percebemos isso ao analisar os dois grandes movimentos sociais e políticos que ocorreram na história do Direito ocidental, principalmente nos países da Europa Continental. Eles se firmaram, sobretudo, a partir da Revolução Francesa e, mais ainda, a partir do Iluminismo. Essas duas

grandes Revoluções, Francesa e Inglesa, talvez tenham sido os movimentos sociais e políticos dos quais se originaram algumas consequências jurídicas. Enquanto na Revolução Inglesa, a ruptura com o modelo anterior não foi tão forte, na Revolução Francesa, por sua vez, os países da Europa Continental sofreram grave ruptura. Enfim, havia uma cultura denominada de Antigo Regime, com as monarquias absolutistas dos séculos XVI e XVII, havia a tradição inquisitorial, não só da Igreja, mas de todos os estados que compunham o território europeu e, também, depois, da América do Sul e Central. Houve uma ruptura muito mais forte e muito mais enfática nos países da tradição romano-germânica.

No diz respeito ao Poder Judiciário, as concepções iluministas que inspiraram a Revolução Francesa, na voz de Montesquieu, diziam que o juiz deveria ser apenas a boca que pronunciava as palavras da lei, ser inanimado que não podia moderar nem a força, nem o rigor das leis. O governo dos juízes foi um pensamento muito forte na tradição francesa, sobretudo, quando não havia limites ao exercício

desse poder. Não havia separação clara entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, e os juízes nada mais eram do que representantes dos governantes, agindo, portanto, em nome deles. Isso criou um modelo despótico e sem controle. Talvez não por outro motivo que floresceu, nesse período, uma inquietude também na área do Direito, sobretudo penal, para a criação de garantias e de direitos que, até então, não eram sequer mencionados. A grande obra “Dos Delitos e das Penas”, de *Cesare Beccaria*, que é uma obra seminal e de importância ímpar no Direito Penal, revela ideias que, até então, eram muito embrionárias, como a necessidade de que as penas fossem moderadas e proporcionais, além de que fossem aplicadas num tempo justo e célere. Sob a ótica do processo penal, importante que se desse oportunidade à defesa, que ele fosse regido pela publicidade, com decisões motivadas. Beccaria teve o grande mérito de reunir, nesse pequeno livro, ideias que começaram a florescer na segunda metade do século XVIII. Com isso, tivemos um controle muito grande da figura do juiz.

No modelo inglês, o juiz é menos autoritário, por constituir uma tradição menos autoritária. O Direito inglês, até por ser uma ilha, não se fez influenciar tanto pelas grandes mazelas da Idade Média, principalmente a Inquisição. Ele sempre teve um controle muito grande sobre o poder dos monarcas. E, no Direito inglês, a noção de que o juiz é um verdadeiro oráculo, com a possibilidade de criar o Direito, no sentido de dar a solução concreta, ao que parecesse mais justo e mais equânime, sempre com a preocupação de valer-se dos antecedentes.

Os juízes, portanto, do *Common Law* eram, historicamente, mais sensíveis à proteção dos indivíduos contra os abusos do poder. Havia uma confiança maior nos juízes, havendo destaque para nomes que viraram grandes juízes na história, como Francis Bacon, Edward Coke, o grande juiz da Suprema Corte americana, Marshall, Oliver Holmes e Benjamin Cardozo. Quando verificamos no sistema dos países da nossa tradição brasileira, não recordamos de grandes juízes.

Os recursos no sistema anglo-americano tinham como preocupação não tanto tutelar o Direito da parte, mas sim de preservar o Direito como sistema. Na Inglaterra, até 2009, não havia Suprema Corte. As funções equivalentes às desempenhadas pela atual Suprema Corte eram desempenhadas pela Câmara dos Lordes, órgão do Poder Legislativo que tinha composição parcial para julgar os recursos em última instância, em alguns casos.

No *Civil Law*, a confiança sempre recaiu com maior ênfase no legislador. O Direito Positivo sempre teve proeminência, o que se acentuou com a Revolução Francesa, principalmente com a positivação dos direitos naturais, o que se fez por meios dos códigos, sobretudo por meio dos códigos napoleônicos, a partir do início do século XIX. O primeiro deles foi lançado em 1804, o chamado Código Civil de Napoleão. Napoleão teria dito que temia que uma simples mudança de concepção quanto a alguma legislação pudesse por termo a todo um trabalho de positivação de direitos. Passou-se a acreditar que a lei contivesse todos os direitos, que tudo aquilo que se processava como direito natural, como algo inerente ao ser

humano e a seus direitos, estivesse, agora, dentro da moldura rigorosa das leis. Daí a dificuldade de se permitir ao juiz continental, a mesma criatividade do *Jugdmont Law*, do Sistema Inglês. A criação da Corte de Cassação, cujo propósito era o de controlar a legalidade das decisões dos juízes e dos tribunais, de acordo com as leis em vigor, integrava, inclusive, o próprio Poder Legislativo. Era um controle muito estrito da legalidade das decisões feitas pelo Poder Judiciário. Por outro lado, havia o recurso como direito subjetivo, como *ius litigatoris*, o que talvez tenha gerado reflexos na concepção de recurso especial, de recurso extraordinário em contraposição a outros, como recursos de apelação, de embargos infringentes. Os recursos extraordinários têm como objetivo tutelar o direito objetivo e apenas, mediata ou reflexamente, alcançar ou proteger o direito da parte.

Quanto ao modo de julgar no Direito Inglês, no *Common Law*, verifica-se o primado da jurisprudência dos precedentes. *Case Law* é aquele caso que está sendo examinado para verificar se ele se identifica ou se assemelha a casos

anteriormente julgados. No *Civil Law*, o primado é da lei, a jurisprudência serve como suplemento para reforçar a interpretação da lei.

O precedente, portanto, no Sistema da *Civil Law*, sempre teve aspecto de mera persuasão, ao contrário do Sistema inglês em que o precedente assumia - e assume - autoridade vinculante, a obrigar, o juiz a decidir tal como o fez outro juiz ou outro tribunal. Somente por certos mecanismos previamente definidos é que se permite ao juiz desse sistema rigidamente assentado sobre precedentes, desviar-se da expectativa de que a decisão será a mesma daquela tomada em caso semelhante.

Quanto ao modo de atuação do advogado, é interessante observarmos a diferença. No Brasil, quando o advogado é procurado pelo cliente no intuito de resolver o seu caso, ele quer que a Justiça lhe atenda e que lhe dê o direito que ele acredita ter. E, além disso, pergunta prontamente ao advogado se ele vai alcançar o resultado esperado ou o reconhecimento do seu direito. O advogado responde que é preciso saber primeiro

qual juiz que vai examinar a causa. Se for uma comarca do interior que tenha um só juiz, o advogado pode até conhecer como julga esse juiz, mas não pode garantir como será na fase recursal, já que o recurso é julgado pelos desembargadores no tribunal. Assim, é importante saber quem são esses desembargadores e qual a Turma e a Seção que eles integram. Enfim, o advogado vai dizer que não pode prever o resultado, nem quando vai ser julgado. Essa é uma visão grotesca, mas que pode retratar o que acontece no nosso sistema. No sistema do *Common Law*, quando alguém diz ter um caso (*have a case*, em Inglês), significa dizer que há uma expectativa favorável de que aquele caso será julgado de acordo com outros previamente julgados, isto é, com os precedentes. Hoje, mais do que nunca, o Novo Código do Processo Civil diz, com muito mais clareza e ênfase, que somos um sistema, cujos precedentes possui força que varia de acordo com a origem e a natureza da decisão modelo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são duas Cortes de precedentes. Evidentemente, o STF tem uma força

maior, porque ele tem a possibilidade de editar súmulas vinculantes, que é o ato normativo de maior poder vinculante que existe no sistema. A noção de um sistema protegido por precedentes obrigatórios traz consigo conquistas e resultados que aportam ao nosso sistema. Primeiro, a questão da igualdade. Num sistema em que casos iguais são julgados de maneira igual, faz com que se evite o que acontece hoje, por exemplo, na execução penal. No presídio, é possível evidenciar muitos condenados que cumprem penas pelo mesmo crime, mas um cumpre pena de cinco anos e o outro, pena de dez anos; um cumpre em regime semiaberto e o outro, em regime fechado.

Analisando os casos, é possível perceber que não há diferença substancial entre eles. Quando se pede progressão de regime ou um benefício, dependendo do juiz, do tribunal, da seção, ou da Câmara, que irá julgar esses recursos, cada um dos presos terá um direito diferentemente fornecido. Isso cria desigualdade e traz reflexos à própria estabilidade do sistema penitenciário. Nada mais danoso e mais angustiante para o sistema penitenciário do

que ter os seus sentenciados cumprindo penas com a sensação de que a lei foi aplicada de forma desigual, porque um caso foi julgado por um juiz mais rigoroso do que outro.

A existência de precedentes também revela a imagem de imparcialidade, porque, na medida em que se sabe que certa situação fática gera determinado direito, isso impede que outro juiz possa desviar-se daquilo que se espera como resultado de um caso. A imparcialidade judicial acaba sendo observada quando se observam os precedentes. Também há coerência sistêmica, quando os juízes e tribunais direcionam as suas decisões de acordo com precedentes que foram julgados numa mesma direção. A segurança jurídica vai se expressar pela estabilidade do próprio direito e pela previsibilidade das decisões que provém do Poder Judiciário.

A objeção é feita, muitas vezes, de maneira disfarçada por juízes e tribunais, que, até pela novidade dos institutos do Direito, ainda não aceitam bem que devem ceder a sua compreensão

em nome de outra a que já chegaram juízes ou tribunais. É muito difícil para um juiz, seja de que instância for, aceitar que a interpretação que ele deu, ou que ele vinha dando a um determinado instituto jurídico, passa a não mais servir ou passa a não mais ser aceita por outros órgãos de jurisdição superiores na hierarquia constitucional da distribuição das competências jurisdicionais. Juízes e promotores são independentes. Entretanto, ambos exercem funções diferentes: o ato de julgar e o ato de provocar, de propor, de pedir. O juiz, de certo modo, tem mais poder de decidir do que decide efetivamente. Por outro lado, ele se vincula muito mais a certos comandos normativos ou a certas decisões anteriores que outros juízes tomaram e que, portanto, acabaram por vinculá-lo na sua decisão.

A visão de que o juiz tem poder absoluto para julgar tem que ser desfeita, pois ele tem independência jurídica e política como condição de afirmação, não só do seu poder, mas, acima de tudo, da proteção da sua judicatura. Isso vai assegurar ao cidadão que ele terá diante de si um julgador com

liberdade para julgar e que não está, como um juiz do Antigo Regime, manietado por um governante. O governo é das leis, não dos homens, portanto, ele deve satisfações ao Direito e, evidentemente, à sua consciência.

A interpretação das leis é um fenômeno essencialmente subjetivo, ainda que existam critérios objetivos de interpretação. Não há como deixar de perceber em qualquer processo de interpretação de um texto legal uma grande dose de subjetivismo, não só pela formação intelectual do magistrado ou do membro do Ministério Público, mas também por sua formação moral, religiosa, por suas experiências de vida, seus traumas, as suas frustrações, o seu perfil, a sua educação familiar, etc. É evidente que qualquer interpretação de norma não é algo neutro. Ao contrário, é um fenômeno permeado por uma série de fatores que interferem no subjetivismo da decisão. Com muita clareza, Luigi Ferrajoli, quando se reporta a essas influências ou a esses condicionamentos que interferem no processo de criação do direito concreto.

No que diz respeito aos poderes decisórios, o juiz deve ter consciência de que integra um sistema jurídico definido nas leis e na Constituição, considerando a distribuição de competências e determinados objetivos que são destinados a cada tribunal. O Supremo Tribunal Federal, com a função de interpretar e fazer preservar a Constituição; o Superior Tribunal de Justiça com a função principal de interpretar o direito infraconstitucional e dar-lhe uniformidade; os Tribunais de Justiça e os juízes com a função de responder às pretensões formuladas em ações, dando o direito à parte que pede e que tem o direito ao seu lado. Quando o STF ou o STJ edita uma súmula, mesmo que não seja vinculante, ou quando julga um recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos ou define, no caso do STF, um tema de repercussão geral e confere a interpretação que ele deve ter, não é possível que os juízes continuem apegados a essas decisões. Isso, infelizmente, tem ocorrido com muita frequência. Na jurisdição criminal, há boa quantidade de *habeas corpus* e recursos a ele referentes que chegam ao STJ porque certos tribunais não acolheram um tipo de interpretação

reiterada dos tribunais superiores a respeito de certo tema. Exemplo, prisão preventiva, regime e dosimetria de pena, questões colocadas nos *habeas corpus* e que chegam ao STJ, já é possível saber qual será o resultado. É um desgaste absolutamente desnecessário, pois se percebe que aquela causa já terá um resultado absolutamente tranquilo, porque todos os precedentes indicam que a interpretação a ser dada é a interpretação X, não a Y, que foi dada pelo tribunal. E, muitas vezes, os tribunais não se preocupam sequer em demonstrar alguma peculiaridade que distinga um caso de outro precedente que foi julgado, de modo a legitimar a decisão diferente. Então, isso é muito angustiante, gera abundância de recursos. Seguramente, os tribunais superiores e os tribunais estaduais estão, em boa parte, inviabilizados pela falta de compreensão sistêmica que ainda não foi assimilada na nossa cultura.

O juiz precisa entender que, quando ele segue uma súmula de jurisprudência, ou uma súmula do STJ, ou do STF, contrária a seu entendimento, ele não está se desrespeitando, pois há mecanismos

disponíveis para demonstrar a sua insatisfação. Quando percebi que eu era vencido em situações concretas de julgamento do STJ, eu passei a declarar, nos processos seguintes, a minha ressalva pessoal quanto a certo entendimento. Se eu não fizesse isso, criaria desigualdade de tratamento e perplexidade do jurisdicionado. Afinal de contas, o STJ não é o tribunal que interpreta as leis? Como pode um ministro interpretar a lei em um sentido totalmente oposto aos dos demais? Isso vale em todas as esferas. Todas as esferas devem ter essa compreensão, porque senão se cria a crise de autoridade, que é tão nefasta ao meio, pois gera a proliferação de entendimentos absolutamente díspares em relação à mesma questão jurídica entre tribunais, ou entre juízes e tribunais. Podemos, também, utilizar os recursos repetitivos, ao verificamos que há vários recursos especiais repetidos sendo julgados na Corte do STJ e não, necessariamente, com tratamento jurídico distinto. É possível submetê-los a um rito previsto no Código de Processo Civil, que prevê a participação do *amicus curiae*, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, de tal sorte

que, no final, quando eles forem julgados pela seção, eles tenham vocalização da Corte e efeito vinculante muito mais eficaz que a própria súmula de jurisprudência.

Procuramos estimular o uso desse mecanismo de julgamento de recurso, porque, quando se julga um recurso repetitivo, ele exerce um poder vinculante maior do que a súmula, já que impede a proliferação de outros processos, pois ele será resolvido nas instâncias ordinárias (no segundo grau, ou até mesmo no primeiro grau, com o NCPC, a exemplo de quando o juiz indefere a petição com base no recurso repetitivo sobre aquela questão jurídica que está sendo colocada na petição inicial). Assim, há evidente importância de estimularmos a cultura de vinculação aos precedentes.

Falar em superação de precedentes é algo absolutamente novo. Os tribunais, mesmo o STJ e o STF, ainda têm dificuldade de compreensão desses institutos e das técnicas de modificação dos precedentes. Vai demorar ainda muito tempo até que incorporemos a tradição nova. Se, por um

lado, pretendemos incorporar a visão de que os precedentes devem ter força vinculante, é preciso também não engessar o sistema. É preciso ter mecanismos que permitam dar-lhe flexibilidade, que permitam dar ao juiz meios para, constatada situação diferente em algum aspecto, julgar de forma diferente. Ele não pode ser também um robô que irá reproduzir precedentes em uma situação singular, que demanda julgamento diferente. Isso é feito por variadas formas, sendo a mais comum, a distinção (*distinguishing*), em que se verifica se, naquele caso, há um detalhe que justifique julgamento diferente do anterior, a ponto de ensejar um resultado diferente. Um exemplo banal: tráfico de drogas. O roubo circunstanciado pelo emprego de arma, de acordo com o artigo 157 do Código Penal, é pelo emprego de arma, não de arma de fogo. Então, a meu ver, o emprego de arma de fogo é um *plus* de maior gravidade, maior periculosidade e maior letalidade do que um emprego de qualquer arma. Só isso já seria bastante para justificar a imposição de pena acima do mínimo, que é de cinco anos e quatro meses.

Em um país que tem mais de 50.000 pessoas mortas anualmente por uso de arma de fogo, não me parece que se possa dar tratamento igual ao se que se dá a quem comete um roubo com um pedaço de pau ou com uma faca. No entanto, não é essa a posição que prevalece.

Nos casos submetidos ao STJ, quando uma decisão de um tribunal, aplica, por exemplo, seis anos em vez de cinco anos e quatro meses, se o juiz ou o desembargador-relator, ao sentenciar ou emitir o voto, não acrescentar ao emprego da arma de fogo algo que individualize a conduta para diferenciá-la em relação a precedentes que vedam o aumento acima do mínimo, o caso deverá ser julgado conforme os precedentes. Qual seria, por exemplo, a distinção? Seria, exemplificando, ao empregar a arma de fogo, verificar se houve disparo ou a arma foi apontada para a cabeça da vítima, se, além de empregar a arma de fogo, foi dada uma coronhada, enfim, algum dado que ultrapasse o simples emprego de arma de fogo no crime de roubo. E, com isso, poderíamos, então, permitir ao juiz dar uma pena superior àquela que,

pelos precedentes, deveria ser a pena mínima. Aí está a grandeza de se compreender que, no sistema de precedentes, a motivação ganha maior importância. Não é por outro motivo que o artigo 927 do NCPC, que introduz a força obrigatória dos precedentes, está umbilicalmente ligado ao artigo 489, §1º, V e VI. Tais artigos tratam da necessidade de que o juiz, na motivação do ato decisório, indique a razão pela qual não seguiu um precedente, ou a razão pela qual se limitou a repetir precedentes sem demonstrar que aquele caso julgado se ajusta exatamente àquela situação que já foi anteriormente julgada.

Haverá distinção, com a superação total do precedente, quando a questão está obsoleta, como as questões de gênero. A própria condição da mulher modificou isso ao longo dos anos na jurisprudência dos tribunais superiores. O mesmo ocorreu na questão dos adolescentes em conflito com a lei. O Supremo Tribunal Federal, ao dar interpretação absolutamente nova ao princípio da presunção de inocência, revela total superação do entendimento anterior, em um verdadeiro *over*

rolling. Ao adotar nova compreensão de realidade que talvez seja diferente da que foi dada em 2009, quando também houve superação total do entendimento anterior, o Supremo passa a dizer o contrário do que dizia antes. Isso ocorre porque são apresentados argumentos que demonstram, ou que a interpretação anterior está ultrapassada, ou que ela é injusta, pois não mais se harmoniza com os anseios da sociedade moderna. Várias explicações foram dadas no HC 126.292, gerando alvoroço na comunidade jurídica, principalmente entre os advogados, que, hermeneuticamente, têm ótimos argumentos. Eu próprio teria muita dificuldade em não interpretar a presunção de não culpabilidade como algo que vige até o trânsito em julgado, mas aceitei a interpretação do STF, porque houve forte tendência no sentido da adoção de uma interpretação não literal do preceito constitucional, ou seja, uma interpretação sistêmica, que é seguida por ser a voz de quem interpreta a Constituição. O juiz pode até registrar, eventualmente, a sua opinião contrária, mas tem de seguir a orientação, porque senão o destino do jurisdicionado vai ficar na dependência da opinião

de um juiz mais liberal ou mais conservador, mais rebelde ou mais “obediente” à jurisprudência dos tribunais superiores.

Esses novos institutos devem estimular a formulação de uma compreensão mais acurada sobre a necessidade de, quando mudarmos uma interpretação, fixarmos o seu alcance, como diz a Lei da Ação de Declaração de Inconstitucionalidade. Quando se declara uma lei inconstitucional, é necessário que se definam a extensão, os limites ou os efeitos da declaração em relação aos casos julgados.

Nós tivemos uma discussão muito interessante no STJ relativa à mudança radical de interpretação do artigo 594 do Código de Processo Penal, que ocorreu após a Constituição de 1988. Ele dizia que o réu condenado, caso tivesse maus antecedentes ou fosse reincidente, não poderia recorrer, senão após o prévio recolhimento à prisão. Era uma condição de admissibilidade ou de processamento do recurso de apelação. Isso já existia no Código de Processo Penal, desde a sua origem. Com a

Constituição, os tribunais superiores, inclusive o STF, continuaram a interpretar esse dispositivo como constitucional. Só no final dos anos 2000, é que esse entendimento começou a mudar. O STJ foi pioneiro nas novas compreensões, mas o STF também aderiu a elas. Posteriormente, uma lei revogou o artigo 594.

Como relator em um caso em que o réu foi julgado, em 1993, sob a compreensão do artigo 594 que limitava o recurso, não se recolheu, ele fugiu. Em razão disso, houve a deserção do recurso, como expresso no artigo 595, do NCPC. Ele ficou foragido vários anos, foi preso, cumpriu pena durante 13 anos. Ele impetrou um *habeas corpus* no STJ para ter o direito a recorrer da condenação em 1993. Eu julguei esse processo em 2015.

Fui vencido também. Nesse caso, a Turma entendeu que não importava a coisa julgada, nem que, à época, houvesse súmula do STJ que autorizasse esse entendimento. Entendeu-se que ele teria direito à reabertura de prazo, porque, se houve a revogação do dispositivo por ser considerado inconstitucional,

os efeitos deveriam ocorrer retroativamente, alcançando todos os casos julgados no passado. É claro que há argumentos muito consistentes em favor da liberdade do indivíduo, mas desconstituir a coisa julgada em processos julgados há 40 anos, enquanto não alcançada a prescrição, geraria certa insegurança. Aí está a importância de que ao se superar um precedente, que se defina exatamente o seu alcance.

Situação também interessante é aquela em que a Corte sinaliza a possibilidade futura de substituição de um entendimento num sentido por outro que lhe é oposto, em virtude de bons argumentos apresentados por advogados. A mudança no entendimento será em outro momento, pois a causa ainda não está madura, pois o tema não foi suficientemente debatido. No entanto, já se demonstra que o entendimento pode mudar no futuro. Trata-se de técnica de julgamento rotineira no Direito norte-americano, mas que conhecemos muito pouco no Brasil. Vamos ter de avançar muito para chegar à plena compreensão sobre essa técnica.

Chegando ao ponto mais importante, que é a nova realidade normativa do Código de Processo Civil de 2016. O artigo 927 diz que juízes e tribunal deverão seguir decisões tomadas, primeiramente, nos atos normativos, ou atos judiciais, que são as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade. Segundo, súmulas vinculantes, que são as súmulas que exercem poder vinculante maior, com força obrigatória de obediência maior que qualquer outro instrumento, após a lei, é claro. Súmula de jurisprudência do STF e do STJ. Acórdão em Assunção de Competência e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que são dois institutos criados na nova concepção de que o sistema só sobrevive e só produz uma racionalidade sistêmica, se tiver as mesmas questões decididas da mesma forma. Para isso, é necessário criar mecanismos que permitam a juízes e a tribunais, ao identificarem temas anteriormente julgados de forma repetitiva ou de relevância muito grande, julgá-los em certo rito que vai gerar força vinculante, permitindo o indeferimento liminar de uma petição inicial, o não seguimento de um recurso, o julgamento monocrático de um recurso.

O CPC anterior tinha tudo isso embrionariamente destinado aos poderes do relator em julgamento de recurso, mas hoje isso está muito claro em dispositivos do CPC de 2016.

O artigo 332 permite ao juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória, ou seja, nas que versem eminentemente questão jurídica, julgar liminarmente improcedente o pedido que contraria súmula do STF ou do STJ, acórdão em julgamento de recursos repetitivos, entendimento firmado em RDR ou em IAC, e em súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local. Se a questão for eminentemente jurídica e se verificar algo que já foi julgado, a solução deve ser imediata.

Situações em que o juiz julga de forma autoritária e totalmente avessa ao entendimento dominante do STF constituem uma patologia absolutamente danosa à saúde do sistema de Justiça Criminal e Cível. No Sistema Criminal, é muito pior porque lida com a liberdade, que é o que há de mais caro no ser humano.

O NCPC também reforça poderes do relator (desembargador ou ministro do tribunal superior) no julgamento de recursos, permitindo que ele negue liminarmente provimento ao recurso contrário a uma súmula do STF, a acórdão do STJ ou do STF, ou um acórdão do STJ em julgamento de recurso repetitivo, ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência.

Então, é permitido ao relator, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, findar o contraditório, dar provimento ao recurso, se a decisão for contrária. Em ambas, evidencia-se a força do precedente e o poder dado ao relator, em nome da racionalidade e da celeridade na prestação jurisdicional, de decidir monocraticamente a causa. É claro que isso gera insatisfação. Muitos recursos recebidos no STJ são de advogados que colocam como primeiro item a insurgência contra a subtração do julgamento da causa ao órgão colegiado. Em alguns casos, há anos ocorre a luta pelo reconhecimento do Direito, até que a parte consegue que o recurso seja admitido, daí quando

chega ao STJ, o relator monocraticamente põe a cobro aquela pretensão. Isso só deveria ocorrer nas situações em que não é opinião do relator, mas sim opinião formada por tribunais, em órgãos colegiados que já julgaram de forma recorrente aquela causa, dando origem a uma súmula vinculante, a uma súmula de jurisprudência, um recurso repetitivo, como também agora no IRDR. Assim, seria contraproducente perpetuar a demanda, simplesmente, para dar o seu julgamento por órgão colegiado. Ainda assim a lei permite que haja o recurso contra essa decisão monocrática, por meio do agravo regimental, ao agravo interno, submetendo, portanto, a questão ao órgão colegiado.

E, por último, são os dois mais importantes artigos, juntamente com o artigo 10 do NCPC. São artigos que revolucionam ou, pelo menos, condensam uma compreensão que já deveria estar sendo solidificada. O artigo 489, § 1º, do NCPC, talvez seja o artigo mais importante, que se irradia para todo o sistema. Há opinião no sentido de que esse artigo não vale na Justiça do Trabalho, nem na Justiça Penal. Ele

vale para tudo, porque, na verdade, positiva um dever constitucional do magistrado, que legitima a atividade jurisdicional. O juiz não é legitimado pelo voto popular, mas pela observância do Direito, pela transparência e dos seus atos ao motivar as decisões, explicitando os fundamentos pelos quais ele se convenceu. Não cabe mais autoritarismo no Poder Judiciário, não cabe mais decreto à prisão preventiva, não cabe mais expedição de mandado prisão sem justificativa. Caso contrário, ele será acusado de ter cometido grande iniquidade, tendo de se sujeitar ao controle de um tribunal e de ver sua decisão cassada. Uma decisão mal fundamentada gera resultados negativos, já que, muitas vezes, concede-se a ordem de soltura de alguém que deveria estar preso, mas que, por falha de motivação, terá de ser solto.

Quando se interpenetra esse tema com o da vinculação aos precedentes, que é objeto dos incisos V e VI do artigo 489, § 1º, do NCPC, temos de criar a cultura de fundamentação das decisões ao invocarmos precedentes ou qualquer outra súmula. São tantas súmulas que a jurisprudência defensiva

criou, que não cabe mais simplesmente invocar. É necessário explicar a razão pela qual, naquele caso concreto, vai se aplicar aquele entendimento. É difícil mudar essa cultura. Tenho dificuldade em deixar de seguir o enunciado de súmula jurisprudente ou precedente, invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção em um caso em julgamento, ou a superação do entendimento, em que existe há súmula sobre o caso, mas se decide contrariamente a ela. Em um julgamento de recurso repetitivo, é preciso demonstrar que há um detalhe naquele caso que o distingue dos casos anteriores. Só assim legitima-se a decisão.

Para encerrar, esse novo Código de Processo Civil é um código revolucionário em certa medida. Ele veio com a pretensão de tornar a jurisdição mais célere, mas, em muitos aspectos, ele não fará isso, pelo contrário, ele vai atrasar mais ainda. Entretanto, é muito inovador em outros pontos. Então, mais do que uma nova lei, é preciso haver nova postura. Como sou otimista, daqui a alguns anos, vamos olhar para trás e ver o quanto caminhamos. Mudar,

acima de tudo, a nossa maneira de lidar com o processo, e não só mudar as leis e as instituições. Muito obrigado.

PROMOTOR DE JUSTIÇA ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR: Boa noite a todos. Reforçando a palavra do Doutor Jarbas, é orgulho de todos os mineiros, principalmente dos promotores de Justiça, perceber o protagonismo de Vossa Excelência nas decisões do Superior Tribunal de Justiça no campo do Direito Processual Penal. Vossa Excelência está adiantando, de certo modo, como será a postura do Superior Tribunal de Justiça. O respeito aos precedentes pode trazer muitos benefícios tanto para o Ministério Público, como também para a defesa, especialmente, na execução penal, em que há tanta desavença. Essa normatização pela própria jurisprudência vai trazer maior previsibilidade das decisões.

A minha primeira pergunta é a respeito do posicionamento de Vossa Excelência a respeito de se obedecer, numa mudança de orientação jurisprudencial, aos preceitos do princípio da legalidade, especialmente quando ela tornar mais grave a situação do acusado.

Quando uma jurisprudência bem definida sofrer alteração, como é o caso da Súmula 500 do STJ, que deu definição mais liberal para o crime de corrupção de menor, ela não deveria também ser limitada aos casos futuros sem retroagir em prejuízo da defesa?

Sinto falta, nessa nova sistemática, de institutos que pudessem levar o Superior Tribunal de Justiça a cumprir, de maneira mais eficiente, o seu papel principal de uniformizador da jurisprudência em relação à legislação infraconstitucional.

Na questão da Súmula 500, que reconhece caráter formal do crime de corrupção de menor. Em outro momento, a própria jurisprudência cai em contradição, como no caso de um acusado que pratica roubo ou furto com um menor de idade. Esse fato serve tanto para qualificar o furto ou para tornar o roubo circunstanciado, como para punir também pelo crime de corrupção de menor, porque ocorre um *bis in idem*. Depois que se definiu o crime de corrupção de menor como crime formal, não se necessita mais de fazer prova da efetiva ofensa ao

bem jurídico tutelar. Seria um único fato gerando dois efeitos, o que é uma incongruência, que há muito tempo me incomoda. Por fim, gostaria de parabenizá-lo pela excelente palestra.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO

CRUZ: Agradeço, Dr. Antônio de Padova, pela observação final. Como membro do Ministério Público, sempre tive a preocupação de exercer efetivamente o papel de fiscal do Direito, *custos iuris*, não mero *custos legis*. O *custos iuris* é mais amplo, de maneira profilática, nesse exemplo. Se o membro do Ministério Público percebe ilegalidade e com o resultado útil, está trabalhando com a justiça material, que, no caso da prisão, é manter o réu preso. Se ele sabe que se houver um recurso contra, o risco da decisão ser reformada é muito grande. A intervenção do promotor não só corrige o ato, como também corrige o juiz, pois mostra que há um promotor de Justiça que estará vigilante para evitar ilegalidade. Então, não há culpa só do juiz, mas de todos os envolvidos que, naquela decisão, não tomaram providência para sanar o vício formal.

A questão do *bis in idem* entre o crime de roubo com a participação de adolescente e o próprio crime de corrupção de menor, é algo bem ponderável. A partir do momento em que se tem uma conduta que, antes, exigia a demonstração da corrupção, passa a ser tipificada pelo simples ato de agir na companhia de um adolescente na prática de um crime. Por outro lado, incrementa-se a pena de participação do adolescente no roubo, o que pode configurar uma boa tese a ser defendida.

Quanto à possibilidade de modificação de entendimentos sumulados, não necessariamente originários de caso concreto, parece que isso está, de alguma maneira, no NCPC, quando este determina que, para modificação de súmula, é necessária a convocação de audiências públicas. E certas súmulas já deveriam ter sido modificadas, porque o Direito evoluiu. Às vezes até a sua redação original já não era boa, mas com novas compreensões, possam ter outra redação, ou até serem superadas. A lei prevê que o tribunal convoque audiências públicas, chamando Ministério Público, Defensoria Pública e entidades

associativas que tragam ao Poder Judiciário a sua visão particular sobre o tema, conferindo àquele maior legitimação e de democracia àquele ato.

Se, para a edição de súmula, isso não acontece, para a sua modificação ou extinção, o NCPC permite. O artigo 10 é o terceiro artigo mais importante, porque determina que, mesmo nas decisões em que o juiz pode tomar *ex officio*, ele deve, antes de ele tomar a decisão, deve ouvir a parte contrária. É uma nova maneira de julgar.

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO MARCELO PÁDUA CAVALCANTI: Parabéns pela palestra, que foi, realmente, bastante elucidativa. Atuando na área tributária da AGE, aprendi um pouco de Código Civil, mas nada de Código Penal e Processo Penal zero. Desculpe se eu fizer uma pergunta despropositada. No Código de Processo Penal, há duas referências à aplicação do Código Processo Civil, uma delas é de intimação. Essas inovações que foram colocadas no Código de Processo Civil seriam aplicáveis no Processo Penal? As regras são bem diferentes.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO

CRUZ: A pergunta é absolutamente pertinente. Temos discutido isso nas seções para decidir quais institutos ou quais artigos do CPC têm reflexo no Processo Penal. O artigo 3º do Código de Processo Penal permite a aplicação analógica de temas que não foram suficientemente tratados no Código de Processo Penal por outras normas, inclusive no Código de Processo Civil. Há um artigo do CPC que fala que o NCPC se aplica a outras esferas, mas não menciona o Direito Penal, o Direito Eleitoral, o Direito Administrativo. Então, não podemos duvidar da criatividade dos advogados, pois eles sempre serão capazes de encontrar teses novas.

O CPC é um código que, por ter tronco comum, para aqueles que acreditam na Teoria Geral do Processo e, por ter institutos similares em muitos aspectos, pode ser aproveitado, na parte principiológica, pelo Processo Penal. A grande parte desses temas são perfeitamente aplicáveis a todas as áreas do Direito.

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO MARCELO PÁDUA CAVALCANTI: Inclusive, a questão da motivação?

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ: Claro, claro, mas eu ainda diria no Processo Penal.

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO MARCELO PÁDUA CAVALCANTI: Pelo CPC, constada a falta de motivação, o tribunal pode motivar.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ: É. Nesse caso talvez não, porque vai suprimir a instância.

ADVOGADO-GERAL DO ESTADO MARCELO PÁDUA CAVALCANTI: Não anularia para voltar para o juiz, mas o tribunal motivaria um decreto.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ: Não, no caso do tribunal, sim, mas temos entendido que no STJ e no STF, haveria supressão de instância. , até porque nossa função é a mesma do tribunal, que é tutelar o direito da liberdade.

Acho que vamos continuar a anular e a devolver. Há um novo dispositivo do NCPC que permite ao tribunal reconhecer nulidade e até prescrição.

ANALISTA DA ASSESSORIA CRIMINAL AMANDA BASTOS ALVES: Gostaria de fazer uma observação. Eu percebi que Vossa Excelência fez somente elogios à tentativa de uniformização de entendimento. Compreendo a necessidade de se aumentar a credibilidade do sistema pela uniformização, mas tenho a impressão de que há alguns malefícios como o engessamento da liberdade de decisão, principalmente dos juízes de primeira instância. Então, vou exemplificar com um caso de questionamento sobre a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Ela está sendo questionada agora em sede de recurso extraordinário. O STF ainda não julgou, mas já teve o reconhecimento na preliminar de repercussão geral. No entanto, em Minas Gerais, nos Juizados Especiais Criminais de Belo Horizonte, os juízes vinham absolvendo, fazendo controle difuso de constitucionalidade. É claro que há decisões do STF, do STJ e dos Tribunais de Justiça,

considerando a constitucionalidade, uma vez que várias vezes chegaram decisões até lá e ninguém absolveu por esse motivo. Tenho a impressão de que o sistema de precedentes engessa muito a decisão e a interpretação, porque o *Common Law* tem muita liberdade criativa, mas também o *Civil Law*. Receio a forma como vai decidir a maioria. Vão ser alguns, por exemplo, ministros mais antigos que vão ter mais voz e influência, determinando a posição mais recente? Ou serão os mais conservadores, porque terão maior adesão popular? Em termos de discussão e de imposição de ideias para formação de um precedente, acho que há estranhamento quanto ao engessamento. Não sei qual é a sua posição, por isso que eu gostaria de provocá-lo. Obrigada.

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI MACHADO

CRUZ: Agradeço pela provocação, Dra. Amanda Bastos. Ainda que existam técnicas de superação dos precedentes, que buscam evitar o engessamento do sistema, vão ocorrer situações, em que o juiz de primeiro grau não poderia ousar decidir uma questão por ela ser jurídica. Se o tema

não foi enfrentado seguidas vezes, não há súmula. São importantes o voto vencido, o registro da ressalva e a doutrina. A doutrina exerce o papel de provocar mudanças, de instigar os membros do Poder Judiciário, o advogado, o membro do Ministério Público, a terem outra compreensão.

O sistema de precedentes acaba limitando a liberdade de julgar do juiz. Ele fica restrito ao não poder demonstrar a sua compreensão jurídica de um instituto. Há bons fundamentos para achar que o porte de drogas, para uso próprio, não poderia configurar um tipo penal. No entanto, se o Supremo Tribunal Federal decidir que é constitucional, o tipo penal que torna esse ato criminoso, deve se seguido pelo juiz e pelos tribunais para não gerar prejuízo à imparcialidade, à igualdade, à estabilidade, à previsibilidade. Talvez ele seja, subjetivamente, injustificado, mas é o preço que se paga por esse sistema que, do contrário, não sobrevive.

O sistema atual é um caótico, pois cada um decide como bem entende. O STJ, que deveria julgar centenas de casos por ano, julga 40.000 casos. O

STF julga 60.000 casos por ano. A homóloga Corte Americana julga 80 casos por ano. O nosso sistema não está funcionando. Para ele funcionar, deve haver algum sacrifício. Talvez o melhor seria que o juiz eventualmente cedesse, pelo menos na via judicial, quando a questão é meramente jurídica, a não ser que ele encontre algo que distinga o caso do entendimento do tribunal superior. No entanto, reconheço que a questão não é fácil, não. É bem tormentosa. Encerro minha exposição. Obrigado.