

Danyelle Galvão

PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL

2022

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

PREMISSAS SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS

A análise histórica do sistema jurídico brasileiro comprova as suas raízes romanas (*civil law*), cujas leis escritas são a fonte principal do Direito¹. Afirmar, porém, que os precedentes judiciais são utilizados apenas pelos juízes de *common law* é um equívoco.

Apesar da histórica e conhecida diferenciação entre os sistemas de *common law* e *civil law*, é fácil constatar, nos dois sistemas, a existência dos precedentes judiciais, definidos – de maneira genérica e simples – como decisões passadas utilizadas em casos futuros².

A verdade é que estão se diluindo as diferenças entre os sistemas de *common e civil law* no tocante ao uso de precedentes e à existência e observância das leis³. Como afirma Michele Taruffo, uma distinção baseada

-
- 1 A análise das origens dos sistemas de *common law* e *civil law* e a previsão dos precedentes judiciais e das leis como fontes de Direito são encontradas na obra de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
 - 2 Em síntese, entende-se que o precedente judicial é uma decisão judicial anterior, utilizada como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que trate da aplicação da mesma norma e haja similitude dos fatos. Sobre o conceito de precedente utilizado neste estudo, vide item 2 abaixo e DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 12-13; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007; PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 157; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 77-78.
 - 3 Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que “a dicotomia entre as famílias jurídicas *civil law/common law* hoje não é tão nítida e radical como foi outrora, sendo visível uma gradativa e constante aproximação entre aqueles regimes.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 245). Sobre a aproximação entre os sistemas, vide LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 258; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*. O desenvolvimento judicial do

apenas no fato de a *common law* ser um direito unicamente jurisprudencial e a *civil law* ser baseada em leis escritas é falsa por duas razões: as leis escritas e abstratas ganharam espaço significativo nos países de *common law*⁴, enquanto os precedentes judiciais estão sendo gradativamente valorizados nos sistemas *civil law*⁵. Rodrigo Ramina de Lucca sustenta nesse sentido que “todo sistema jurídico que produz decisões judiciais motivadas produz, também, precedentes”⁶.

É correto sustentar que o *stare decisis* – expressão latina que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”⁷ – é muito mais observado na *common law*. Por outro lado, não é acertado dizer que as cortes de *civil law* não formam ou usam precedentes judiciais, posto que, muitas vezes, consideram as decisões passadas, pelo menos, como argumentos de persuasão⁸.

Uma simples busca por acórdãos perante os Tribunais Superiores no Brasil comprova a constante menção a decisões passadas, mediante a sua utilização como parâmetro decisório, como elemento persuasivo ou, ainda, para indicar a existência de ressalva a posicionamento anterior. José Rogério

direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52-54; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 185-198; FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Os reflexos da vinculação aos precedentes, prevista no Código de Processo Civil de 2015 e no Processo Penal. In: PEIXOTO, Renata Cortez Vieira et al. *Temas relevantes de direito processual civil*: elas escrevem. Recife: Armador, 2016, p. 241.

- 4 Neil Duxbury afirma, inclusive, que é difícil precisar quando as cortes inglesas passaram a considerar vinculantes os seus pronunciamentos judiciais, mas que em meados do século 19 tal fenômeno foi mais visível, especialmente diante da busca pela uniformidade, consistência e certeza do direito (DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 18).
- 5 TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 133-134. O mesmo autor enfatiza a importância que os precedentes têm adquirido nos sistemas *civil law* (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007, p. 07). Para Hermes Zanetti Júnior, “mesmo nos sistemas de *common law*, os precedentes são vinculados fortemente à lei, já que nos sistemas constitucionais contemporâneos, o direito escrito vincula fortemente.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 321 e 354.)
- 6 LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2019, p. 311.
- 7 Sobre consolidação da teoria do *stare decisis* ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 160-162.
- 8 DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 12-13.

Cruz e Tucci afirma que “qualquer acadêmico sabe da importância do conhecimento da jurisprudência como um dos mais poderosos instrumentos de persuasão.”⁹

A diferença entre os sistemas reside, em síntese, no uso combinado de leis escritas e decisões dos Tribunais, na organização hierárquica dos foros para tanto, e na importância concedida aos precedentes e seus efeitos (persuasivo ou vinculante)¹⁰.

A doutrina processual civil brasileira tem se debruçado, ainda mais nos últimos anos, em razão das discussões sobre o Código de Processo Civil (CPC), de 2015, sobre a pertinência e a necessidade de observar os precedentes judiciais. O objetivo primordial é evitar as modificações bruscas e inesperadas do entendimento dos tribunais e, com isso, proporcionar maior estabilidade e confiança no Poder Judiciário. As discussões durante a tramitação do projeto de lei que culminou na aprovação do texto do CPC/15 indicavam a necessidade de estabelecer um sistema de precedentes no país especialmente para diminuir a coexistência de posicionamentos conflitantes sobre temas e casos idênticos, além de possibilitar que recursos fossem julgados de maneira monocrática, portanto, mais célere, quando houvesse jurisprudência uniforme.

A preocupação com a estabilidade da jurisprudência é antiga no país, inclusive ensejou a adoção das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ainda na década de 1960¹¹. Anos mais tarde, em 1973, Alfredo Buzaid

9 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. In: DI-DIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 447.

10 Para Luiz Guilherme Marinoni, a diferença está na “importância que eles assumem em cada um dos sistemas e, por consequência, no respeito que lhes é devotado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 38).

11 Mais precisamente, do ano de 1963, quando foi criada a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal que, embora não desfrutasse de eficácia vinculante, mas apenas persuasiva, constituía um selo de reconhecimento formal do caráter majoritário daquela orientação. Em defesa das súmulas, José Rogério Cruz e Tucci as definiu como “um instrumento flexível, destinado a simplificar o trabalho da justiça em todos os graus hierárquicos, evitando-se a petrificação, porque a disciplina da súmula regula também o procedimento pelo qual pode ser modificada. Apenas exige, para ser alterada, mais aprofundado esforço dos advogados e dos juizes, uma vez que deverão eles aduzir novos argumentos ou aspectos inexplorados nos velhos debates, ou mesmo realçar evolução da própria realidade social e econômica. Com esta precaução, a súmula fulmina a loteria judiciária das maiorias ocasionais pela

pretendeu ressuscitar o mecanismo dos antigos assentos no anteprojeto que elaborou do Código de Processo Civil, mas, após ser taxado de inconstitucional, o plano foi abandonado¹², vindo Buzaid a se contentar com o incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos arts 476 a 479 do Código de Processo Civil (CPC)¹³. Esse instrumento, todavia, nunca rendeu os frutos desejados¹⁴. Além disso, alterações legislativas passaram a ocorrer no país desde então a fim de prever mecanismos de vinculação de decisões¹⁵. Essa escalada de valorização dos precedentes levou José Carlos Barbosa Moreira a afirmar que “o mingau estava sendo comido pelas beiradas”¹⁶. Cite-se a adoção de súmula vinculante e a repercussão geral para os recursos extraordinários (Emenda Constitucional nº 45/2004), além das previsões sobre recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008).

O Código de Processo Civil, de 2015, no entanto, alterou significativamente o tratamento dado aos precedentes judiciais no país, enaltecendo a necessidade de sua observância e estabelecendo critérios específicos de

perseverança esclarecida dos autênticos e competentes operadores do direito.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 24, nº 78, set. 2004, p. 47).

- 12 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. *Temas de Direito Processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 301.
- 13 “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.”
- 14 Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “o ‘limitadíssimo emprego’ da tradicional uniformização tem como principal obstáculo os próprios componentes dos tribunais, infensos em aceitar a atualidade da divergência pelo inescandível temor de imaginada influência recíproca, intramuros, consistente na eficácia vinculante em futuros julgamentos.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., set. 2004, p. 22).
- 15 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Precedente e IRDR: algumas considerações. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 573-574.
- 16 A afirmação foi feita no ensejo da análise da nova redação que a Lei nº 9.756/94 havia conferido ao art. 557 do CPC (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis. *Temas de Direito Processual*, sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 82).

motivação das decisões judiciais¹⁷, em atendimento direto à garantia constitucional (art. 93, inc. IX, CF). Como aduz Osmar Mendes Paixão Côrtes, “o novo CPC consolida a tendência de as Cortes assumirem papéis mais uniformizadores e consolidadores da jurisprudência”¹⁸.

A importância dos precedentes na estrutura do Código de Processo Civil, de 2015, ficou evidenciada já no início da sua tramitação no Congresso Nacional, e constava na exposição de motivos apresentada pela Comissão de Juristas responsável pela elaboração do anteprojeto. Houve, desde o início, preocupação em estabelecer disposições legais para obter “um grau mais intenso de funcionalidade”, e que representassem mais um passo à frente¹⁹.

Ademais, a exposição de motivos da Comissão de Juristas manifestou preocupação com a existência constante de posicionamentos diferentes e incompatíveis sobre uma mesma questão jurídica e a necessidade de tratamento igualitário aos jurisdicionados que estivessem em situações idênticas²⁰. De acordo com o documento, as previsões propostas, relativas à uniformização e à estabilidade da jurisprudência, prestigiaram a segurança jurídica

-
- 17 SCHIETTI CRUZ, Rogério. Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 13, p. 341/354; MOTTA E CORREA, Rafael. O sistema de provimentos vinculantes do CPC/15 e o dever e manutenção da jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente. *Revista de Processo*, v. 281, jul. 2018, p. 497 e GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal. *Revista dos Tribunais*, nº 971, ano 105, set. 2016.
- 18 CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. A reclamação para os tribunais superiores e o novo CPC, com as alterações da Lei nº 13.256/2016. *Revista de Processo – RePro*, nº 257, jul. 2016, p. 256. Para Rafael Motta e Correa, “a valorização do papel dos tribunais e o engrandecimento de sua função uniformizadora e paradigmática está no centro das discussões do CPC/15.” (MOTTA E CORREA, Rafael. Op. cit., jul. 2018, p. 497).
- 19 Expressões constantes na exposição de motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil estão disponíveis em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>, p. 21. Acesso em 12 de dezembro de 2020. A redação proposta pela Comissão de Juristas para o capítulo sobre a observância da jurisprudência foi alterada durante a tramitação do projeto no Congresso Nacional.
- 20 A exposição de motivos enfatiza a função nomofilática, conceituada como paradigmática pela referida Comissão dos tribunais superiores, no sentido de proferirem decisões que moldem o ordenamento jurídico (Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>>, p. 25. Acesso em 12 de dezembro de 2020). E dispõe que “a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário.” (Id., *ibid.*, p. 27. Acesso em: 10 dez. 2020).

e tenderam a efetivar as garantias constitucionais dos jurisdicionados²¹. O capítulo dedicado aos precedentes judiciais foi suprimido da versão do texto-base aprovada pelo Senado Federal, mas a essência do anteprojeto quanto à estabilidade e à igualdade de tratamento foi mantida.

Dentre outras alterações, foram inseridos os inc. V e VII ao art. 489, § 1º, relativo à motivação das decisões judiciais, sob a justificativa de que “o projeto está estruturado a partir da força dos precedentes. É preciso, redimensionar, assim, a regra da motivação da decisão judicial a um sistema como este.”²²

As disposições sobre os precedentes judiciais e os critérios de motivação das decisões judiciais foram alvo de críticas das associações de magistrados, inclusive com solicitação de veto. Os magistrados consideraram, em síntese, que a vinculação às decisões judiciais acarretaria ofensa à independência judicial e a exigência de motivação judicial nos termos propostos poderia ensejar descumprimento da duração razoável do processo²³. Apesar disso, o Código de Processo Civil foi sancionado com as previsões sobre os precedentes judiciais (art. 926 e 927) e motivação das decisões judiciais (art. 489, § 1º)²⁴.

21 “[...] todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes estejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/anteprojeto-cpc-parte1.pdf>>, p. 27. Acesso em: 10 dez. 2020).

22 Trecho do parecer do Relator-geral Deputado Paulo Teixeira ao Projeto do Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>, p. 279. Acesso em 10 out. 2020.

23 Breve relato sobre o tema é encontrado em SCHIETTI CRUZ, Rogério. Op. cit., 2016, p. 326.

24 Importante destacar, desde já, que as disposições sobre a ausência e deficiência de fundamentação foram recentemente incorporadas no Código de Processo Penal pela Lei n. 13964/19 (Pacote Anticrime), que incluiu o § 2º ao art. 315. Comentários sobre os incisos V e VI deste artigo são encontrados nos itens 2.6.1 e 2.6.2 abaixo. Sobre o tema, vide GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio; LOBO, Ricardo. O artigo 489 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e suas implicações no direito processual penal. *Revista dos Tribunais*, nº 971, ano 105, set. 2016; GALVÃO, Danyelle; PEIXOTO JÚNIOR, Hélio. Lei Anticrime inibe ‘copia e cola’ judicial. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-lei-anticrime-inibe-copia-cola-judicial-24254238>>. Acesso em: 19 fev.2020 e BIAZI, Roberto Portugal. Da garantia de motivação das decisões penais à luz das inovações trazidas pela Lei Anticrime. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, dez-mai. 2020, p. 233-258.

Diante desse novo panorama legislativo e da previsão expressa de um sistema de precedentes judiciais, Hermes Zanetti Júnior aponta que o Brasil possui um ordenamento jurídico híbrido entre *civil e common law*, uma vez que consta do texto legal a previsão de observância de precedentes obrigatórios²⁵.

Por outro lado, com posicionamento acertado, Cássio Scarpinella Bueno considera que não houve migração do Direito brasileiro em direção a *common law*, mas, sim, uma postura exigente dos tribunais observarem as suas próprias decisões²⁶. Com razão, o país não afastou a primazia da lei escrita como fonte do Direito, tampouco diminuiu a necessidade da sua observância em virtude da maior importância das decisões judiciais. Como dito anteriormente, está havendo uma aproximação dos sistemas *civil e common law*, o que não significa o abandono dos fundamentos específicos de cada ordenamento.

As novas disposições do Código de Processo Civil, de 2015 e a inclusão do art. 315, §2º, incisos V e IV do Código de Processo Penal, sobre os precedentes judiciais refletem, na verdade, a preocupação com a estabilidade do entendimento judicial e, especialmente, do tratamento igualitário de situações análogas, já que as previsões legais anteriores não foram satisfatórias para atingir este objetivo.

Apesar do volume e da densidade das discussões no âmbito do Processo Civil, o tema ainda pouco é encontrado em relação aos precedentes na doutrina processual penal²⁷. Mesmo assim, a formação e observância dos

25 ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 427.

26 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei nº 13.256, de 04/02/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 596.

27 São poucos os estudos encontrados na doutrina nacional que tratam especificamente da matéria pela perspectiva penal, o que, inclusive, constituiu razão para a apresentação do tema em uma tese de doutorado. São estes: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial*. Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008; KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018; PIMENTEL, Fabiano Cavalcante. *O overruling como fundamento para a revisão criminal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016; SILVA, Bruno Nova. *A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade penal em meio à teoria dos precedentes*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Salvador: 2013. Mais recentemente, publicados após a aprovação da tese, tem-se Carvalho Filho, José S. Os efeitos da decisão de inconsti-

precedentes, merecem a devida atenção na seara penal porque a lei escrita, mesmo quando formulada mediante o uso da melhor técnica legislativa, demanda interpretação.

Tal atividade é própria da atuação da magistratura quando da análise e do julgamento dos casos concretos após debate entre as partes²⁸. É o caso, por exemplo, da discussão sobre a possibilidade da atenuante da confissão compensar a agravante da reincidência, que foi bastante discutida no Superior Tribunal de Justiça e, em 2012, a questão foi resolvida pela 3ª Seção daquele Tribunal, pacificando a tese da possibilidade de compensação²⁹.

Deve-se reconhecer, também, que nos casos em que há indeterminação legal sobre um elemento do tipo penal, a jurisprudência alcança maior importância e valor normativo, já que o magistrado, por meio da interpretação, acaba determinando o conteúdo das normas penais³⁰. Para a doutrina, “a legitimação da atuação punitiva estatal está intrinsicamente ligada à prévia ciência do jurisdicionado das consequências jurídicas que lhe podem advir em razão da prática de suas condutas”³¹. É o caso, por exemplo, da aplicação do princípio da insignificância. Conforme exposto por Thiago Bottino ao tratar de longa pesquisa sobre os *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2008 e 2012, “não parece haver nenhum padrão que demonstre uma tendência à uniformização das decisões na aplicação do princípio da insignificância a favor de uma. Pelo contrário, decisões contrastantes

tucionalidade do STF em julgamentos de *habeas corpus*. *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 45-60 e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *O habeas corpus como formador de precedentes penais no STF*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/pensando-habeas-habeas-corporis-formador-precedentes-penais-stf> >. Acesso em: 15 de out. 2020.

- 28 Como afirma Carlos Aurélio Mota de Souza, “se a lei é boa, porque regula uma generalidade de situações incertas e imprevisíveis, dando segurança às condutas sociais, a decisão judicial é melhor, porque dá certeza e garantia ao ordenamento, provando a validade e eficácia da lei e fazendo recair o comando judicial sobre cada situação fática individualizada.” (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p. 202).
- 29 BOTTINO, Thiago. *Habeas corpus nos tribunais superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 86.
- 30 A este respeito vide GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., 2008, p. 62-72.
- 31 SILVA, Bruno Nova. Op. cit., 2013, p. 110.

invocam os precedentes mais convenientes à sua decisão independente de decisões opostas em períodos equivalentes em casos similares”³².

Em relação ao contraditório, inclusive, são necessárias interpretações judiciais como, por exemplo, a possibilidade de decisões fundadas em elementos informativos não produzidos perante a dialética processual e a presença do critério de motivação suficiente sem que haja o enfrentamento de todos os elementos de prova³³.

Como aduz a doutrina, “a locução ‘direito jurisprudencial’ significa claramente direito criado pelos juízes (*judge-made law*)”, podendo também ser compreendida em outros quatro sentidos, um deles inclusive substituindo o legislador (elaborando o Direito) quando não houver norma geral pré-constituída a ser aplicada no caso concreto/individual³⁴.

Além disto, a adoção dos precedentes judiciais para garantir igualdade de tratamento tem ainda maior importância no Processo Penal se for considerado que, sob a perspectiva de um processo penal garantista e de um direito penal calcado na regra de *nullum crimen nulla poena sine pravia*

32 BOTTINO, Op. cit., 2016, p. 89. A mesma pesquisa aponta que há “uma inconsistência dessa tese com a jurisprudência pacificada nos próprios Tribunais Superiores acerca das características do agente. Como visto anteriormente, tanto STJ como STF rechaçam a tese de que inquéritos ou ações penais em andamento possam justificar aumento de pena – uma vez que o princípio da presunção de inocência impede que se dê efeitos jurídicos prejudiciais ao indivíduo a questões jurídicas ainda pendentes de decisão final. No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, a corrente que sustenta ser necessário examinar as características do agente leva em consideração, além da reincidência e dos maus antecedentes, a simples existência de inquéritos em andamento. Por outro lado, há vários julgados tanto no STJ como no STF que apresentam fundamentação oposta, no sentido de que é preciso estabelecer um critério objetivo para a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, devendo o crime de bagatela ser julgado sem se considerar a personalidade do autor do crime, a reincidência e os maus antecedentes¹¹ e muito menos incidentes penais pendentes de decisão final”. BOTTINO, Op. cit., 2016, p. 90.

33 SAMPAIO, Denis. A regra do contraditório no Novo Código de Processo Civil e sua “possível” influência no Direito Processual Penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, v. 13, 2016, p. 20.

34 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 215; REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168-170; FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, p. 168-169.

lege, é superlativa a importância da busca de soluções iguais às mesmas situações dos jurisdicionados³⁵. Como afirma Thomas da Rosa de Bustamante,

é fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito³⁶.

Ademais, como o processo penal envolve bens jurídicos de sobrelevada relevância – a liberdade, por exemplo – a tolerância do sistema à convivência entre decisões conflitantes tende a produzir injustiças bastante graves.

Exige-se, assim, do Poder Judiciário, coerência interna da atividade jurisdicional e segurança da própria ordem jurídica, especialmente no âmbito penal que tutela a liberdade dos acusados, o devido processo penal e a dignidade dos apenados, pois uma norma deve ter apenas um significado ou parâmetros de interpretação³⁷.

35 “A gravidade trazida pelo casuísmo judiciário em matéria penal traz consequências ainda mais nefastas a um devido processo penal substantivo. Por meio de uma argumentação jurídica inapropriada, juízes dizem que determinada conduta se aperfeiçoa como um certo tipo penal, enquanto outros dizem que o tipo incidente é distinto e/ou um terceiro ainda afirma que não existe crime na conduta em análise.” (FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença. Op. cit., 2016, p. 249). A autora aponta, como exemplo, o caso do crime do art. 244-B do ECA, em que juízes deixam de reconhecer o caráter formal do crime de corrupção de menores, mesmo com súmula do STJ a respeito, havendo decisões em que a mesma conduta é considerada como típica ou atípica. Paula Pessoa Pereira questiona “como falar em igualdade perante a lei se não podemos exigi-la dos órgãos jurisdicionais, que são os responsáveis por densificar e materializar o significado do texto legal num determinado caso prático? Aquele que vai aos tribunais espera, no mínimo, que seu caso não seja tratado de forma dissonante a outros semelhantes.” (PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes: universalidade das decisões do STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 61).

36 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 326. No mesmo sentido, LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2019, p. 258.

37 SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Op. cit., 1996, p. 208-209. O autor ainda afirma que “pela conceituação realista contemporânea da jurisprudência, o juiz ‘cria’ Direito, não como legislador, mas por agregar à Lei todas as circunstâncias valorativas do fato, bem como doutrinas, costumes, precedentes judiciais; por isso, a Jurisprudência tem valor relevante, por suplementar, na sua aplicação, o que a Lei não pôde dizer, por sua absoluta generalidade e abstração.” (Id., *ibid.*, p. 223).

As razões para a fixação e observância dos precedentes judiciais serão analisadas posteriormente, em tópico específico e com maior profundidade. Importante estabelecer como premissa, que não é possível simplesmente transpor de algum país da *common law* a regulamentação dos precedentes judiciais e anular o conteúdo legislativo nele codificado.

A adoção de um sistema de precedentes no Brasil não é a solução para os problemas do Poder Judiciário, mas pode garantir, caso seja utilizado corretamente, um tratamento mais igualitário e de maior confiança do jurisdicionado³⁸. Deve-se, portanto, levar em consideração peculiaridades locais quanto às competências dos tribunais, objeto dos recursos em cada Corte, além de todo o arcabouço legal já existente para adaptar os institutos e as técnicas de formação e utilização dos julgados. Situação semelhante é exposta na obra de Michele Taruffo, que trata do estabelecimento de precedentes na Itália e esclarece que a simples transposição dos institutos pode gerar algumas perplexidades³⁹.

Inexistem, atualmente, previsões legais sobre formação, aplicação, alteração, superação dos precedentes judiciais no âmbito criminal, no Código de Processo Penal ou em leis especiais esparsas. É bem verdade que a Lei n. 13964/19 incluiu o §2º ao art. 315 do CPP, que trata das hipóteses que as decisões não serão consideradas motivadas e consta, nos seus dois últimos incisos (incs. Ve VI), menção a precedentes judiciais. No entanto, não houve – tal como no processo civil – o estabelecimento de um sistema de precedentes, regulamentação para sua fixação, aplicação ou mesmo o estabelecimento de um rol (mesmo que exemplificativo) de quais decisões têm efeito vinculante.

Tampouco há discussão sobre o tema em projeto de lei no Congresso Nacional, apesar de o projeto de um novo Código de Processo Penal tramitar por lá há mais de 10 anos.

38 Para Lucas Buril de Macêdo, apesar de defender a adoção de um sistema de precedentes, estes não são a solução de todos os problemas do país e quem pensar assim está fadado à decepção. (MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 209).

39 TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. In: ORSU, Susana Ynes Castañeda; VELEZMORO, Fernando (Coords.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima, Peru: Lima Grijley, 2010, p. 542. No mesmo sentido, tratando do Brasil, tem-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 139-140 e MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 207-208.

De qualquer sorte, assim como a disciplina dos Recursos Especiais e Extraordinários Criminais foi incorporada pelo Código de Processo Civil, de 2015, e atualmente ser por ele regida, uma vez que revogou a Lei nº 8.038/90, as disposições sobre precedentes judiciais estabelecidas para o Processo Civil podem ser transpostas e utilizadas no Processo Penal.

Apesar de a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo criminal ter sido afastada durante a tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional (art. 15, CPC/15)⁴⁰, o art. 3º do Código de Processo Penal autoriza tal aplicação, o que já ocorria em outras matérias, como dos recursos repetitivos e súmulas vinculantes.

O objetivo, portanto, é analisar o conceito de precedentes, as maneiras de formação e técnicas de aplicação de acordo com a doutrina nacional e internacional, a fim de estabelecer balizas para um sistema de precedentes judiciais no âmbito criminal.

40 O art. 15 do CPC, de 2015, tem a seguinte redação: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” O anteprojeto feito pela Comissão de Juristas estabelecia (art. 14) que as disposições do novo CPC seriam, também, aplicáveis supletivamente ao Processo Penal na ausência de normas sobre alguma matéria.

PRECEDENTES JUDICIAIS: BREVE CONCEITUAÇÃO

Precedentes são, antes de tudo, decisões judiciais. Sua conceituação, no entanto, depende da adoção do marco teórico. Epistemologicamente, pode ser compreendido em alguns sentidos, como amplo e restrito¹.

Se, em sentido amplo, o precedente é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”², considerando o ato decisório como um todo e não apenas seu dispositivo. Por sua vez, no sentido restrito, o precedente judicial é a norma extraída da decisão (*ratio decidendi*), isso é, apenas parte do ato decisório³, cuja potencialidade é se firmar como paradigma⁴.

-
- 1 Sobre o sentido amplo e restrito do precedente sob o prisma epistemológico, vide ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*. Racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 91; SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 143-153; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 79. Sobre os sentidos com a inclusão do intermediário, vide LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 269. Sob a denominação de sentido próprio e impróprio, vide PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 158.
 - 2 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, v. 2, 2018, p. 513. No mesmo sentido, Ravi Peixoto afirma: “a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior.” (PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 157). De acordo com Francisco Rosito, o efeito transcendental – que extrapola o caso já julgado – é imprescindível (ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 93).
 - 3 MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., 2019, p. 80. Com este entendimento, vide TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Nápoles, Itália: Editoriale Scientifica, 2007, p. 20.
 - 4 Para Rodrigo Ramina Lucca, há um terceiro sentido – o intermediário – que considera como precedente “toda decisão que contenha uma tese jurídica passível de ser seguida

Para Neil Duxbury, que adota a conceituação de precedente em sentido amplo, trata-se de um evento passado que serve de guia para uma ação presente. Sua melhor definição não é como lei, mas como prova da forma como os juízes interpretam a lei⁵.

Adota-se o sentido amplo, qual seja, o de que o precedente equivale a uma decisão judicial anterior, utilizada como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes⁶, desde que trate da aplicação da mesma norma e haja similitude dos fatos⁷.

É bem verdade que todas as decisões judiciais podem formar precedentes, mas nem todas as decisões os formam, uma vez que apenas citam julgados anteriores, sem nova especificação ao caso e, portanto, “não resultam efeitos jurídicos normativos para os casos futuros”⁸, apenas indicam a existência do entendimento. Além disto, nem todas as decisões são precedentes de observância obrigatória para os casos subsequentes, pois podem ter eficácia apenas persuasiva⁹, questões que também serão analisadas na sequência deste estudo.

em casos posteriores”, sendo diferente do sentido amplo uma vez que exige a presença de questões jurídicas relevantes e não apenas fáticas. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. Op. cit., 2019, p. 269).

- 5 DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1 e 17.
- 6 Michele Taruffo adota o sentido estrito em TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 20. Por sua vez, Lucas Buril Macêdo afirma ser imprópria esta redução (MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 79).
- 7 ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 92; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 13.
- 8 ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Teoria dos precedentes formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 334. Michele Taruffo afirma que citações de legislação e/ou decisões estrangeiras, cada vez mais usadas em razão da globalização, não constituem precedentes, pois são apenas exemplos de tratamento da questão em outro ordenamento (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 34-35). O autor afirma que só as boas decisões são precedentes e não qualquer decisão (filtro de qualidade da decisão), baseando-se na autoridade científica e não na autoridade do órgão judicial (TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. Lecciones mexicanas de Derecho procesal. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 139). Luiz Guilherme Marinoni afirma que não se pode confundir toda decisão com precedente judicial, “só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157).
- 9 MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 80. Sobre os efeitos dos precedentes (vinculantes ou persuasivos, vide item 2.3 deste estudo).

Considera-se precedente a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade ou em um caso concreto¹⁰, cujo texto será submetido à interpretação¹¹. E que, apesar de baseada em fatos, trata de questão jurídica e não apenas de simples subsunção dos fatos aos textos legais¹², uma vez que as decisões sobre fatos são sempre únicas¹³.

2.1 JURISPRUDÊNCIA, SÚMULA, PRECEDENTE JUDICIAL: DISTINÇÃO NECESSÁRIA

No item anterior restou estabelecida a premissa de que precedente judicial é a decisão judicial em um caso concreto que trate de questão jurídica e não apenas de simples subsunção dos fatos aos textos legais, servindo como parâmetro, modelo ou ponto de partida para decisões de casos subsequentes, desde que haja similitude entre os fatos dos dois casos. Assim, é imprescindível apontar as diferenças entre precedente, jurisprudência, ementa e súmula¹⁴.

-
- 10 Michele Taruffo afirma que os precedentes sempre são proferidos em casos concretos. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 9).
 - 11 MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 254. Sobre a necessidade de interpretação, J. Oliveira Ascensão afirma que “não devemos pensar que a atuação do precedente torna a solução do caso numa atividade mecânica, em que ao juiz cabe a posição passiva de verificar se algum tribunal se pronunciou já sobre aquela matéria para depois decidir da mesma forma.” (ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do Direito no sistema do *common law*. *Doutrinas essenciais de Direito Civil*, v. 1, out. 2010, p. 361). Sobre a constante e sucessiva interpretação, vide BUZAID, Alfredo. Da uniformização da jurisprudência. *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra, v. LVIII, 1982, p. 129.
 - 12 Para o autor, não será precedente a decisão que “apenas se limita a indicar a subsunção dos fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros.” (ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 334).
 - 13 Para Hermes Zanetti Júnior, os precedentes são “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas.” (Id., *ibid.*, p. 328). Ao tratar da aplicação dos precedentes nas demandas individuais, Michele Taruffo afirma que não existem dois casos idênticos, exceto na Academia, existindo apenas mais ou menos semelhantes. (TARUFFO, Michele. Op. cit., 2012, p. 141).
 - 14 Sobre a distinção entre precedente judicial e costume, vide MACÊDO, Lucas Buril de. Op. cit., 2019, p. 90-92 e DUXBURY, Neil. Op. cit., 2008, p. 8-9. A questão não é analisada nesta obra em razão da metodologia de considerar apenas o que depende da atividade jurisdicional para a sua existência.

Apesar de historicamente o termo “jurisprudência” ter múltiplos significados¹⁵, atualmente corresponde, de maneira genérica, ao conjunto de decisões proferidas pelos juízes e tribunais sobre as questões fáticas e jurídicas levadas ao seu conhecimento¹⁶. Para Eduardo de Albuquerque Parente, jurisprudência corresponde ao conjunto de decisões reiteradas sobre a mesma matéria, em sentido isonômico¹⁷. Corresponde, também, à atividade judicante dos tribunais¹⁸, mas não pode ser confundida com o substantivo “precedente”¹⁹.

O termo “precedente” refere-se, primeiramente, a uma diferenciação quantitativa²⁰, uma vez que o precedente judicial corresponde a uma decisão isolada, de um caso concreto específico, enquanto “jurisprudência” é um conjunto plural de decisões reiteradas em determinado sentido²¹.

15 Sobre os significados históricos vide CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 9; MACÊDO, Lucas Buriel de. Op. cit., 2019, p. 92; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 96-99.

16 Sobre a definição de jurisprudência no dicionário, ver Rubens Limongi França que, ao tratar sobre o conceito, aponta cinco significados, mas adota apenas dois no seu estudo sobre o tema, a saber: “manifestações dos juízes e tribunais sobre as lides e negócios submetidos à sua autoridade” e “conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico.” (FRANÇA, Rubens Limongi. *O direito, a lei e a jurisprudência*. São Paulo: RT, 1974, p. 143-146). Também sobre as acepções do termo, vide Alfredo Buzaid, para quem “a jurisprudência revela o direito tal como é interpretado pelos tribunais no momento em que o aplicam aos casos concretos.” (BUZOID, Alfredo. Op. cit., 1982, p. 127-128).

17 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformidade*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5. Tem-se, ainda, que “pela palavra jurisprudência (*stricto sensu*) devemos entender a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais. [...]. Para que se possa falar em jurisprudência de um Tribunal, é necessário certo número de decisões que coincidam quanto à substância das questões objeto de seu pronunciamento.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167-168).

18 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Op. cit., 2004, p. 9.

19 SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 141.

20 PEIXOTO, Ravi. Op. cit., 2015, p. 159; TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 12; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 328.

21 TARUFFO, Michele. Op. cit., 2007, p. 12 e 17; ROSITO, Francisco. Op. cit., 2012, p. 99; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., 2017, p. 328. Mariângela Gama de Magalhães Gomes entende que jurisprudência é o conjunto de precedentes sobre