

# A (IN) APLICABILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

Viviane de Souza Vicentin<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda, inicialmente, a questão do sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro, introduzido pelo novo Código de Processo Civil, e sucintamente apresenta as linhas gerais sobre o tema. No mais, analisa os argumentos favoráveis e contrários à adoção da sistemática. E, por fim, tece considerações acerca da possibilidade de admissão – ou não – do mencionado sistema pelo processo penal.

**Palavras-Chave:** Novo Código de Processo Civil. Precedentes Judiciais Obrigatórios. Processo Penal.

**Abstract:** This article first deals with the system of mandatory precedents in Brazilian law, introduced by the new Code of Civil Procedure, and briefly presents the general guidelines on the subject. In addition, it analyzes the arguments favorable and contrary to the adoption of the system. And finally it makes considerations about the possibility of admission - or not - of the aforementioned system through criminal proceedings.

**Keywords:** New Code of Civil Procedure. Legal Precedents Required. Criminal proceedings.

---

<sup>1</sup> Especialista em Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst; graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná; assessora jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; advogada licenciada; ex-integrante da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil - subseção do Paraná; ex-integrante da Comissão de Estabelecimentos da Ordem dos Advogados do Brasil - subseção do Paraná; ex-secretária do Conselho da Comunidade de Colombo/PR, e militante dos direitos humanos.

Sumário: 1. Notas Introdutórias; 2. Do Sistema de Precedentes Obrigatórios do Novo CPC e da Sistemática em caso de multiplicidade de recursos sobre o mesmo tema; 3. Da (Im) possibilidade de adoção do Sistema de Precedentes Obrigatórios no Processo Penal; 4. Considerações Finais.

## 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS



sistema jurídico da *civil law* – adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro –, em síntese do necessário, confere ao julgador grande relevância quando da aplicação concreta da lei, considerando a sua atividade interpretativa, buscando melhor adequar as normas jurídicas ao caso concreto.

Entretanto, essa forma de atuação jurisdicional, não rara as vezes, conduz a decisões demasiadamente subjetivas e particularizadas, conferindo tratamento distinto a situações fáticas semelhantes, o que acarreta grave insegurança jurídica.

Atento a isso, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) incorporou expressamente a teoria dos precedentes judiciais. A legislação trouxe importantes mecanismos de uniformização e estabilização da jurisprudência, de maneira a conferir coerência e assegurar efetividade ao processo.

A teoria dos precedentes foi desenvolvida a partir do sistema da *common law*, cuja fonte principal do direito é a jurisprudência.

De um lado, há aqueles que defendem a aplicação do sistema de precedentes judiciais, notadamente por ser um mecanismo capaz de garantir tratamento igualitário e segurança jurídica aos jurisdicionados.

De outro, há quem critique o sistema de precedentes, ao argumento de que é inconstitucional, ou de que não é retirando o senso crítico dos juízes e padronizando as decisões que se

alcançará a tão almejada segurança jurídica ou a razoável duração do processo, mas sim pela delimitação de como os julgadores devem aplicar o direito, afinal a norma é depreendida do caso concreto através da discricionariedade interpretativa do magistrado.

A discussão vai além quando se levanta a hipótese de adoção da teoria dos precedentes, conforme disciplinado no novo Código de Processo Civil, ao processo penal.

O tema é delicado e exige cuidado na análise.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a apresentar argumentos acerca da possibilidade – ou não – de adoção do sistema de precedentes judiciais, conforme estabelecido na legislação processual civil, ao processo penal, já que não há disposição legal a respeito, bem como as possíveis consequências do uso indiscriminado dessa teoria.

É imprescindível sopesar as consequências práticas da adoção do sistema de precedentes obrigatórios no processo penal, e, além de tudo, alinhar se essa é a melhor saída para garantir prestação jurisdicional célere, tratamento igualitário e segurança jurídica aos jurisdicionados.

## 2. DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS DO NOVO CPC E DA SISTEMÁTICA EM CASO DE MULTIPLICIDADE DE RECURSOS SOBRE O MESMO TEMA

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) instituiu um amplo sistema de precedentes vinculantes, prevendo, como regra, a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem as teses firmadas não somente pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segunda instância.

Aprofundando a sistemática de resolução de casos idênticos, a nova legislação criou um sistema de recursos extraordinário e especiais junto ao Supremo Tribunal Federal e ao

Superior Tribunal de Justiça e, ainda, instituiu incidente de resolução de demandas repetitivas nos demais tribunais.

Análogo ao procedimento previsto no artigo 543-C do antigo CPC, este novo modelo vincula as instâncias inferiores às decisões proferidas em sede de demandas repetitivas, quando deverão as instâncias inferiores aplicar o entendimento fixado acerca da controvérsia jurídica para as ações sobrestadas na origem.

Nessa linha, o art. 927 do NCPC definiu que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais: (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.

Dentre tais institutos, merece destaque a necessidade de observância dos acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo.

Tais julgados são dotados de eficácia normativa em sentido forte – corresponde aos julgados e entendimentos que devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias – de modo que o desrespeito a estes precedentes enseja a sua cassação, por meio de reclamação, nos termos do art. 988 do NCPC.

O art. 1036 do NCPC, dispõe que sempre que houver multiplicidade de recurso extraordinários ou especiais com fundamento em questão idêntica de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com a sistemática de recursos repetitivos (causis), podendo ocorrer a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes (§1º), individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou região.

No mais, o NCPC também prevê, em seu art. 1035, §5º, que, no julgamento de recursos extraordinários, uma vez reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão e tramitem no território nacional.

Firmado o precedente vinculante, caberá ao magistrado replicá-lo quando provocado a decidir sobre casos semelhantes. Para tanto, será imperioso identificar as circunstâncias relevantes e controvérsias jurídicas suscitadas da demanda para, posteriormente, avaliar se a *ratio decidendi* será aplicável ao caso.

Uma vez firmadas as premissas introdutórias acerca do instituto, é de se destacar que, de um lado, há aqueles que defendem o sistema de precedentes judiciais, conforme disciplinado no novo Código de Processo Civil notadamente por ser um mecanismo capaz de garantir tratamento igualitário e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Segundo Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, em artigo intitulado “*Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro*”, o uso de precedentes é indispensável para uma prestação jurisdicional célere que possa conciliar justiça do caso concreto com duração razoável do processo<sup>2</sup>.

Para eles, três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes, são eles: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. Destacam que o novo sistema de precedentes vinculantes no Brasil tem por escopo superar a incerteza e desigualdade advindas de decisões conflitantes em situações idênticas, bem como o quadro de sobrecarga e morosidade da justiça, consoante percebe-se do trecho que, com a devida vênia, transcreve-se abaixo:

---

<sup>2</sup> “Em artigo, Barroso explica como precedentes do novo CPC mudam o Direito”. 28 de outubro de 2016. Acesso em 17 de julho de 2018. <https://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedentes-cpc-muda-direito>

“(…) Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. A obrigatoriedade de observar as orientações já firmadas pelas cortes aumenta a previsibilidade do direito, torna mais determinadas as normas jurídicas e antecipa a solução que os tribunais darão a determinados conflitos. O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontram em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia.

Por fim, o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos já proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para redecidir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do Judiciário e que precisam ser enfrentadas. A observância dos precedentes vinculantes pelos juízes, mesmo que não concordem com eles, reduz, ainda, o trabalho dos tribunais, que não precisam reexaminar e reformar as decisões divergentes dos entendimentos que já pacificaram.

Tal ambiente contribui para a redução do tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Tem ainda o condão de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e a aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, que são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e por aquilo que a doutrina convencionou chamar de jurisprudência lotérica: a produção de decisões dispare, conferindo tratamento desigual a jurisdicionados em situações idênticas, muitas vezes até em um mesmo tribunal.”

Elpídio Donizetti, por exemplo, no bojo do artigo intitulado “*A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil*” refuta a tese de que o sistema de precedentes estará afastando a independência do juízo e o princípio da persuasão

racional, sob os seguintes fundamentos<sup>3</sup>:

Como se vê, o NCPC traz uma espécie de roteiro de como os juízes e tribunais deverão aplicar os precedentes. A fim de que não paire dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo: “as disposições seguintes devem ser observadas”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade. De início pode-se pensar que o NCPC está afastando a independência do juízo e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada – aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento –, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sob julgamento. (...) Assim, por mais que o julgador tenha outra compreensão da matéria *sub judice*, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia. A vinculação, entretanto, se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Tal como se passa no sistema de leis, não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, enfim, do exercício do livre convencimento fundamentado. Não custa repetir que ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, hipótese em que deverá demonstrar, de forma fundamentada, que se trata de situação particularizada que não se enquadra nos fundamentos do precedente.

Marinoni, por sua vez, defende que “*apenas o sistema que privilegia os precedentes pode garantir a coerência do direito, a previsibilidade e a igualdade*”<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> DONIZETTI, Elpídio. “A força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil”. Acesso em 16 de julho de 2018. <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015>

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª Edição. 2015.

De outro vértice, há aqueles que tecem críticas à adoção do sistema de precedentes judiciais, da forma como disposta no Código de Processo Civil.

Dentre eles, Lenio Luiz Streck, tece severas críticas à adoção do sistema de precedentes obrigatórios, no artigo intitulado “*O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?*”, as quais podem ser sintetizadas com o seguinte excerto<sup>5</sup>:

“Ora, o fato de o artigo 927 do CPC elencar diversos provimentos que passaram a ser vinculantes, não pode nos induzir a leitura equivocada de imaginar que a súmula, o acórdão que julga o IRDR ou oriundo de recurso (especial ou extraordinário repetitivo) são equiparáveis à categoria do genuíno precedente do common law. [...] O sistema genuíno de precedentes inglês é criador de complexidade. O que o CPC-2015 faz é criar provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva. Respostas antes das perguntas. Mas, não podemos equiparar o artigo 927 a um sistema de precedentes, sob pena de termos uma aplicação desvirtuada do CPC”

O referido autor, ainda, destaca que “*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. E quanto mais decresce nosso apreço pela legislação — constitucionalmente produzida — o mesmo despreço se estende à Constituição Federal. O texto constitucional é deslocado do horizonte decisório e substituído por provimentos judiciais do próprio Poder Judiciário. Provimentos judiciais muitas vezes advindos de uma forma discricionária de produção de decisões. Quando argumentamos que o CPC criou o sistema-de-precedentes fica parecendo que o andar de cima do Judiciário brasileiro sempre decide bem e que o problema é como vincular/amarrar o andar de baixo.*”

---

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. “O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?”. Acesso em: 15 jul. 2018. <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>

No mais, frisa que “*não é raro nos depararmos com decisões judiciais, produzidas por tribunais superiores, que desconsideram o texto legal (sem realizar controle de constitucionalidade) e o próprio texto constitucional. Exemplo mais recente é a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292/SP — que — não obstante o texto constitucional afirmar trânsito em julgado — o STF permitiu o início do cumprimento da pena mesmo na pendência do julgamento de recursos excepcionais. (...) Se, como disse o ministro Barroso, temos que levar em conta a origem do caso usado como “precedente”, como fazer futuras aplicações? Fazer isso com um caso como o de Itapecerica da Serra em que sequer houve recurso do MP? E no qual o próprio relator ministro Teori disse que o Tribunal de Justiça de São Paulo errara em não conceder a liberdade para recorrer? É assim? É esse o “sistema de precedentes” brasileiro? Nosso efeito vinculante não tem precedentes no mundo (sem trocadilho). Estamos inquietos com a propalada fundação (ou revelação) do sistema-de-precedentes. Conferimos poderes para Tribunais Superiores sem que antes eles tenham adquirido uma legitimidade para tanto, estruturando uma jurisprudência minimamente íntegra, estável e coerente, para utilizarmos a nomenclatura do artigo 926 do CPC.”*

Assim, conclui dizendo que “*no afã de implantar o tal “sistema”, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário”*”.

Ademais, no artigo “*O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes*”, Lenio Streck refuta os argumentos utilizados pelo Ministro Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, tecendo as seguintes considerações<sup>6</sup>:

“Em síntese, o ministro Barroso e Mello fazem uma apologia aos mecanismos vinculatórios do Direito brasileiro, sem praticamente enfrentar nenhum argumento de quem se opõe ao

---

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. “*O solilóquio epistêmico do ministro Roberto Barroso sobre precedentes*”. Acesso em 15 de julho de 2018. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-03/senso-incomum-soliloquio-epistemico-ministro-barroso-precedentes>

tema tal qual ele é apresentado no Brasil. Aliás, o artigo não dialoga. Seguindo certo tipo de modelo de doutrina brasileira, ignora a história institucional acerca do fenômeno. Ora, dezenas de juristas têm posição contrária. Mas Barroso e Mello preferem o solilóquio epistêmico. Basicamente, o artigo incorre nos dois chavões tradicionais: 1) o CPC-2015 aproxima o Brasil do *common law*; e 2) os provimentos do artigo 927 são considerados de forma simplificada como “precedente”. Deveriam ter lido o caso *Marbury v. Madison*, de mais de 200 anos atrás. Uma lei ordinária não pode alterar a competência e função dos tribunais prevista originalmente na Constituição. Interessante é que eles afirmam que o CPC nos aproxima do *common law*, mas não querem o compromisso (ônus) do *common law*. Só a parte boa.” (...)

De forma resumida, Barroso e Mello glorificam a nova “era precedentalistas” pretensamente trazida pelo CPC-2015, para, em seguida, passar a tratar todos os provimentos vinculantes do artigo 927 como “precedentes”. Aqui já se inicia o sincretismo: decisões de IRDR, RE/REsp repetitivos são equiparadas a decisões de controle abstrato de constitucionalidade que, por sua vez, são equiparados às súmulas simples e vinculantes. Com a devida vênia, esse equívoco é imperdoável. Ou seja, tudo vira precedente, como se todos esses provimentos – por se tornarem de observância obrigatória por lei – já virariam assim precedentes do *common law* do dia para noite. Aliás, trata-se de retrocesso doutrinário. A própria súmula vinculante, em seu início, era frequentemente equiparada ao precedente.

Essa errônea equiparação foi objeto de nossa constante crítica (pelo menos desde 1993), depois de muita confusão, a maior parcela da doutrina, fundamentada principalmente, nos textos de Castanheira Neves sobre assentos começou a efetivar a devida distinção. Agora devemos retroceder? Novamente equiparar precedente a súmula e ao julgamento de questões repetitivas?”

Nesta linha, ainda, é oportuno destacar o trabalho desenvolvido por Iuri Telles Fernandes e Carlos Angélico Campos de Lima Filho, intitulado “*Inaplicabilidade da Teoria dos Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro*”, no qual defendem que a teoria de que o sistema atual vem anexando o ideal do *stare decisis* é um argumento falseável, quando se estuda o

aspecto evolutivo da teoria da interpretação jurídica<sup>7</sup>, pois a interpretação, a capacidade crítica e a dialética não pode ser uniformizada.

Os referidos autores defendem, ainda, que a forma de decidir – e não o que decidir – é mais adequado do que importar um sistema que nunca foi aplicado, que é algo distante, tanto historicamente como sistematicamente, da realidade.

Afinal, entendem que não é retirando o senso crítico dos juízes e padronizando as decisões proferidas que se alcançará a segurança jurídica ou a razoável duração do processo, mas pela delimitação de como esses juízes devem julgar e aplicar o direito.

Destacam que essa teoria não pode resolver as questões que envolvem a efetivação dos princípios constitucionais no processo civil brasileiro, ocasionando, ao revés, em novas mazelas.

Por fim, concluem que o que poderá resolver os problemas da falta de uniformidade nas decisões é uma efetiva e aplicável teoria da decisão judicial, para que, então, se possa discutir a efetividade da aplicação da teoria dos precedentes judiciais.

Por oportuno, com os devidos créditos, colaciona-se trecho do trabalho, no qual é possível visualizar o entendimento dos autores acerca da questão em tela:

Não se deve alienar a dogmática jurídica brasileira com uma teoria que não é servível. A base dessa teoria é a liberdade do julgador frente à lei escrita, frente às regras constitucionais que permitem a interpretação aberta para todos, e não apenas para as cúpulas. As diversas tentativas de uniformização dos julgados não resolveram o problema do judiciário, muito menos resolveram o problema pano de fundo, que é a barreira e o desestímulo dos jurisdicionados em acionarem o judiciário e interpirem recursos, com a amostragem de dados estatísticos infalíveis, o que não existe. O legislador vem maquiando, em

---

<sup>7</sup> FERNANDES. Iuri Teles e FILHO. Carlos Angélico Campos de Lima. “Inaplicabilidade da Teoria dos Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro”. Acesso em 16 de julho de 2018. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=8f0ba28049c871e3>

conjunto com a cúpula do judiciário, a sua real intenção, que não é a de efetivar princípios constitucionais, tão somente, mas também de esvaziar os tribunais e impor os seus entendimentos, soberanos e intocáveis. A sistemática da teoria dos precedentes judiciais irá percorrer o surreal congelamento dos entendimentos, das interpretações, limitando e entregando nas mãos dos tribunais superiores a discricionariedade conquistada pelos juízes e tribunais inferiores. A máscara do legislativo em conjunto com a cúpula do judiciário deve ser retirada, assim como o discurso falseável de efetivação dos princípios constitucionais, diante da real intenção de congelamento interpretativo e de poder soberano, absoluto, de certeza. O que resolveu o problema do positivismo jurídico foi a evolução da efetividade da hermenêutica, que permitiu ao julgador, hoje em dia, dizer o direito, e não apenas o legislativo. No entanto, o que poderá resolver os problemas da falta de uniformidade nas decisões é uma efetiva e aplicável teoria da decisão judicial, para aí sim discutir a efetividade da aplicação de uma teoria dos precedentes judiciais. Importar não é o segredo quando os problemas internos maculam até mesmo a mais nobre atividade, qual seja a de aplicar corretamente o direito aos casos concretos.

Ademais, é de se destacar que, para Pedro Lenza, tais regras de vinculação deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional, já que o texto constitucional atribui efeito vinculante apenas às decisões do Supremo em sede de controle concentrado e súmulas vinculantes, de modo que a disposição do novo Código de Processo Civil é inconstitucional<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, Nelson Nery Jr. defende a inconstitucionalidade do art. 927 do NCPC. Isso porque, ao obrigar magistrados e tribunais a observarem em suas decisões súmulas e acórdãos dos Tribunais Superiores, o Novo Código de Processo Civil – o qual tem status de lei ordinária – conferiu amplos poderes legislativo e normativo aos Tribunais, o que somente poderia ter ocorrido através de emenda à Constituição, ou seja,

---

<sup>8</sup> LENZA, Pedro. “Reclamação constitucional: inconstitucionalidades no Novo CPC/2015”. Acesso em 12 de abril de 2016. <http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/pedro-lenza-inconstitucionalidades-reclamacao-cpc>

*“colocaram no novo Código algo que deveria ser determinado por emenda constitucional”<sup>9</sup>.*

### 3. DA (IM) POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO PROCESSO PENAL

A incorporação do sistema de precedentes instituído pelo novo Código de Processo Civil vem sendo admitida no processo penal, ainda que em meio a críticas, pela grande parte da doutrina e jurisprudência.

Os Tribunais Superiores, a par das discussões doutrinárias acerca do tema, atualmente, vêm reconhecendo a possibilidade de aplicação do sistema de precedentes obrigatórios, não só ao processo civil, mas também ao processo penal.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no bojo do RE 966.177, por maioria de votos, que o §5º do art. 1035 do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual *“o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”*, se aplica ao processo penal<sup>10</sup>.

Ainda, foi definido no referido julgado que a suspensão não é obrigatória, tratando-se de uma discricionariedade do relator, bem como que é possível a suspensão do prazo prescricional em processos penais sobrestados em decorrência do reconhecimento de repercussão geral. E, por fim, a Corte Suprema definiu que a suspensão se aplica – tão somente – na ação penal, não se implementando nos inquéritos e procedimentos

---

<sup>9</sup> RODAS, Sérgio. “Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência”. Acesso em 12 de abril de 2016. <http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>

<sup>10</sup> STF. RE 966177 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 03/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 18-11-2016 PUBLIC 21-11-2016 – acesso em 15 de julho de 2018.

investigatórios em curso no âmbito do Ministério Público, bem como nos casos em que haja réu preso.

Na mesma linha, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do ProAfR no REsp 1.708.301/MG, do mesmo modo, determinou, com fulcro no art. 1.036 do NCPD, a suspensão em todo o território nacional da tramitação dos processos individuais ou coletivos que discutam se é ou não necessária a apreensão e perícia de arma de fogo para incidência de aumento de pena nos delitos de roubo, entendendo que a sistemática se aplica ao processo penal<sup>11</sup>.

No entanto, embora os Tribunais Superiores caminhem no mesmo sentido, a questão não é pacífica.

Por certo que há aqueles que entendem que não há óbices na aplicação dos precedentes judiciais ao processo penal, notadamente por garantir igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Sustentam que o sistema de precedentes deve ser aplicado de forma indistinta tanto em matéria cível como em matéria criminal, pois a jurisprudência é vista como fonte supletiva do processo, bem como ressaltam que o art. 3º do CPP admite a aplicação analógica como meio de integração da lei, de modo que, uma vez existindo omissão legislativa, como ocorre *in casu*, é possível recorrer a preceito que regula caso semelhante.

Frisam que a regra dos precedentes não esvazia o livre convencimento motivado do juiz – preconizado no art. 155 do Código de Processo Penal –, visto que a observância dos precedentes figura na esfera da interpretação da lei, que tem o escopo de uniformizar o entendimento, não interferindo na forma de apreciação das provas pelo magistrado.

Concluem que, considerando que o processo penal também padece de falta de uniformidade e coerência nas decisões

---

<sup>11</sup> STJ. ProAfR no REsp 1708301/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018 – acesso em 15 de julho de 2018.

judiciais, é imperiosa a adoção do sistema de precedentes, utilizando-se de forma analógica os dispositivos do novo CPC que regulam a matéria.

Dentre todos, cita-se a conclusão de Bianca Garcia Neri e Barbara Gaeta Dornellas de Lima, no trabalho intitulado “*A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*”, apresentado no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, no qual as autoras sustentam que<sup>12</sup>:

“Embora o Direito brasileiro seja baseado essencialmente na *civil law*, a incorporação dos precedentes judiciais nos aproxima de um Direito (*common law*) que busca manter a coerência do sistema pela observância de decisões anteriormente proferidas em casos similares, servindo como orientação para solucionar casos futuros, possibilitando assim, a uniformização da jurisprudência.

Notadamente no âmbito do direito processual penal, que deve assegurar o respeito às garantias e liberdades individuais, os precedentes poderão servir como auxílio na redução da discricionariedade do juiz em sentido amplo, haja vista que ao reconstruir o ordenamento jurídico, permitirá maior racionalidade e universalidade das razões de decidir.

A independência dos juízes e tribunais dependerá cada vez mais de decisões com caráter universal, aplicáveis para todas as situações similares, deixando de lado os casuísmos que a jurisprudência estimula e que fazem dos nossos tribunais uma verdadeira loteria.

O sistema dos precedentes judiciais poderá fortalecer a responsabilidade com o tratamento isonômico, promovendo igualdade, maior coerência do sistema jurídico e da interpretação do Direito.

Diante da necessidade da sociedade de ter resguardada segurança jurídica em todas as relações, o que ganha ainda mais relevância quanto se trata de matéria criminal, o sistema de precedentes possibilita alcançar tal pressuposto e, ainda, garantir

---

<sup>12</sup> NERI. Bianca Garcia e LIMA. Barbara Gaeta Dornellas de. “A força dos precedentes judiciais no processo penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica”. Acesso em 16 de jul. 2018. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/76h113vv/nDRzK6tcI5s2qhtZ.pdf>

eficácia, previsibilidade e rapidez na prestação jurisdicional.”

Não obstante o entendimento daqueles que defendem que não há óbices na aplicação do sistema de precedentes judiciais ao processo penal, notadamente por garantir igualdade e segurança jurídica aos jurisdicionados, há outra corrente que entende que essa não parece ser a melhor solução.

Alegam que a adoção da sistemática de precedentes obrigatórios no processo penal não consta expressamente na norma processual penal.

Frisam que não é possível a adoção do sistema previsto na legislação processual civil por autorização do disposto pelo art. 3º do Código de Processo Penal, isso porque a analogia só é admitida se for *in bonam partem* e, neste caso, nos parece que nem sempre a adoção da sistemática de precedentes será favorável ao acusado.

Aduzem que a regra dos precedentes esvazia o livre convencimento motivado do juiz, preconizado no art. 155 do Código de Processo Penal, pois retira dos julgadores de piso a capacidade discricionária de escolher a melhor decisão ao caso concreto, sem mencionar o fato de que dará plena liberdade aos Tribunais Superiores para criar o direito e obrigar que esse seja verticalmente adotado.

Ademais, defendem que a atribuição de amplos poderes legislativo e normativo conferida aos Tribunais Superiores, por meio de lei ordinária (NCPC), afronta a Constituição Federal, pois tais regras de vinculação deveriam ser introduzidas por meio de Emenda Constitucional, já que o texto constitucional atribui efeito vinculante apenas às decisões do Supremo em sede de controle concentrado e súmulas vinculantes.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo que a admissão de um regime de precedentes concretiza uma fase nova do direito processual, em que os resultados obtidos no desenrolar do processo são rotulados por não se

esgotarem nos limites da demanda.

No anseio do Poder Judiciário pela resolução mais célere e eficiente do problema de excesso de demandas e a inobservância do julgamento em prazo razoável, a sistemática dos precedentes parece ser muito atrativa.

Afinal, enseja a celeridade das demandas, eis que oferece uma solução pronta para situações cujos fatos se assemelhem, sem incorrer no risco de tratamento diferenciado, prestigiando a tramitação do processo em prazo razoável e a isonomia.

Vê-se que, sob esse ponto de vista, a utilização de precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro vem sendo admitida indiscriminadamente e sem maiores discussões.

Fato é que, dadas as especificidades científicas, principalmente quando se fala na possibilidade de aplicação do referido sistema ao processo penal, é imperioso percuientes estudos acadêmicos e exame mais aprofundado pelas Cortes Superiores acerca das consequências e resultados práticos que podem advir da adoção de tal sistemática.

Embora sedutora, parece que o uso da teoria do precedente judicial no sistema jurídico brasileiro, notadamente no processo penal, não é a solução mais adequada, pois há uma indevida expansão dos conceitos do processo civil para, ilusoriamente, se atender às especificidades do processo penal.

Como já dizia Aury Lopes Jr., se utilizando das palavras de Carnelutti, o processo penal, mais uma vez, está se contentando a utilizar as roupas (sempre de tamanho inadequado) velhas da irmã (no caso, o processo civil)<sup>13</sup>:

“(…) Era uma vez três irmãs, que tinham em comum, pelo menos, um dos progenitores: chamavam-se a ciência do Direito Penal, a ciência do Processo Penal e a ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu

---

<sup>13</sup> LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição – São Paulo: Saraiva, 2014. Fls. 56.

com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções.

Assim, começa CARNELUTTI, que com sua genialidade escreveu em 1946 um breve, mas brilhante, artigo (infelizmente pouco lido no Brasil), intitulado “Cenerentola” (a Cinderela, da conhecida fábula infantil).

O processo penal segue sendo a irmã preterida, que sempre teve de se contentar com as sobras das outras duas. Durante muito tempo, foi visto como um mero apêndice do Direito Penal. Evoluiu um pouco rumo à autonomia, é verdade, mas continua sendo preterido. (...)

Mas o problema maior está na relação com o processo civil. O processo penal, como a Cinderela, sempre foi preterido, tendo de se contentar em utilizar as roupas velhas de sua irmã. Mais do que vestimentas usadas, eram vestes produzidas para sua irmã (não para ela).”

Parece que estamos diante uma alternativa equivocada para tornar o Judiciário mais célere e eficiente, pois esvazia-se o livre convencimento motivado do juiz, preconizado no art. 155 do Código de Processo Penal e dá plena liberdade aos Tribunais Superiores para criar o direito e obrigar que esse seja verticalmente adotado, sem a observância das especificidades do processo penal, mitigando garantias fundamentais dos jurisdicionados.

Esquece-se, muitas vezes, que a Suprema Corte é composta por meio de um processo político, o qual tem suas decisões corriqueiramente pautadas por ingerências políticas, o que causa grande insegurança jurídica.

Aliás, não é razoável admitir que, em nome de uma prestação jurisdicional mais célere, se relativizem garantias e mitiguem direitos constitucionalmente garantidos aos acusados.

Não se sabe ao certo as consequências que a adoção desse regime poderá acarretar, o fato é que devem ser ponderadas todas as possíveis implicações da adoção analógica da sistemática de precedentes obrigatórios implementada sob uma ótica civilista.

É possível cogitar, por exemplo, que a adoção de tal

regime, em nome do prestígio da tramitação do processo em prazo razoável e a isonomia, acarrete o agravamento da crise no sistema penitenciário brasileiro, aumentando drasticamente o número de encarcerados. Ou então, de modo diverso, culmine na soltura indiscriminada de indivíduos que deveriam estar sob a tutela penal.

Pensar o processo penal pautado nas premissas do processo civil é um equívoco.

No mais, antes de se cogitar a adoção de tal sistemática, é imperioso o aperfeiçoamento de uma teoria da decisão, de forma a efetivar a qualidade dos julgados distintos, afastando as fundamentações insuficientes.

Assim, é possível evitar algumas consequências indesejadas do uso indiscriminado dos precedentes obrigatórios, a exemplo da usurpação da liberdade dos magistrados, a estagnação de entendimentos, a discricionariedade dos Tribunais Superiores ante à instabilidade política que o Brasil vem enfrentando, dentre outros.

A necessidade de se estudar com afinco as consequências negativas do uso indiscriminado do sistema de precedentes obrigatórios é de grande valia, visto que a sua adoção – por si só – não solucionará os problemas decorrentes do mau uso das decisões e de interpretações equivocadas.

Em verdade, com a adoção da sistemática de precedentes vinculantes no processo penal, corre-se o risco de fortalecer um instrumento – que se mal utilizado – pode dar azo a arbitrariedades e causar efeitos colaterais indesejados.

Diante do exposto, ao menos por ora, tem-se que a admissão do sistema de precedentes obrigatórios, instituído pelo Código de Processo Civil, ao processo penal é perigosa e capaz de gerar grande instabilidade na ordem jurídica, podendo, inclusive, agravar as mazelas do sistema criminal brasileiro.