

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MANOELA BARTOS MATOS

**PRECEDENTES QUALIFICADOS: (DES)NECESSIDADE DE REGULAÇÃO
CONSENTÂNEA COM A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Brasília
2023

MANOELA BARTOS MATOS

**PRECEDENTES QUALIFICADOS: (DES)NECESSIDADE DE REGULAÇÃO
CONSENTÂNEA COM A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

Linha de pesquisa: Direito, Regulação e Políticas Públicas.

Orientadora: Profa. Dra. Debora Bonat.

Brasília

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

MANOELA BARTOS MATOS

Dissertação de Mestrado submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito, Regulação e Políticas Públicas.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Debora Bonat
(Orientadora)

Professora Doutora Fernanda Gomes e Souza
Borges

Professora Doutora Gabriela Oliveira Freitas

BRASÍLIA, DF
2023

Ao meu velho Chico com uma saudade que rasga o peito.

Aos meus filhos Yara e Francisco por tudo que representam em minha vida.

Ao meu marido Wilker por me amar do jeito que sou.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ser essa força motriz que me anima, me sustenta e me ilumina.

Ao meu irmão Leonardo por ser um grande amigo, por me ensinar diariamente que podemos mudar e por me inspirar a buscar sempre mais.

Aos ensinamentos valorosos e instigantes dados de forma tão graciosa pela minha orientadora, profa. Dra. Debora Bonat.

Aos meus colegas de mestrado que na sua singularidade formaram um todo muito especial e terão sempre um lugar reservado em meu coração.

Aos servidores da biblioteca do Superior Tribunal de Justiça que com seu trabalho sério e dedicado ajudam e otimizam as pesquisas doutrinárias.

À minha mãe pelo apoio de sempre.

Agradeço com muito carinho ao meu marido, Wilker, por tudo que representa para mim e para nossos filhos. Um homem lutador, de caráter e de uma persistência ímpar que me deu o privilégio de caminhar ao seu lado.

Por fim, agradeço aos meus filhos por me permitirem exercer a maternidade em sua plenitude, por tanto carinho e por todos os momentos maravilhosos que temos juntos.

RESUMO

O presente trabalho se propôs ao estudo do *habeas corpus* e de sua aptidão para a formação de precedentes qualificados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o protagonismo assumido pelo instituto nos últimos anos; à análise da compatibilidade dos princípios processuais penais com a teoria de precedentes mediante um enfoque renovado do próprio direito e da concepção de texto legal e norma; além de buscar respostas acerca da viabilidade da implementação de um modelo de precedentes qualificados no âmbito do processo penal brasileiro; e da suficiência da previsão contida no Código de Processo Civil sobre o tema, além de fazer uma proposta regulatória para uma eventual lei de *habeas corpus* e para a estruturação normativa de uma teoria de precedentes condizente com a realidade processual penal brasileira. A metodologia empregada incluiu a análise de dados dos números da Justiça brasileira elaborados por órgãos oficiais que demonstraram o aumento da litigiosidade penal e a necessidade de implementação de mecanismos para aprimorar a prestação jurisdicional conferindo segurança jurídica e racionalidade ao sistema.

Palavras chave: Precedentes qualificados. Litigiosidade. Prestação jurisdicional. Texto. Norma. Segurança jurídica. Racionalidade.

ABSTRACT

The present work proposed the study of habeas corpus and its aptitude for the formation of qualified precedents in the scope of the Superior Court of Justice, in view of the protagonism assumed by the institute in recent years; the analysis of the compatibility of criminal procedural principles with the theory of precedents through a renewed focus on the law itself and the conception of legal text and norm; in addition to seeking answers about the feasibility of implementation of a model of qualified precedents in the scope of Brazilian criminal proceedings; and the sufficiency of the provision contained in the Code of Civil Procedure on the subject, in addition to making a regulatory proposal for a possible habeas corpus law and for the normative structuring of a theory of precedents consistent with the Brazilian criminal procedural reality. The methodology employed included the analysis of data from the numbers of the Brazilian Justice prepared by official bodies that demonstrated the increase in criminal litigation and the need to implement mechanisms to improve the judicial provision giving legal certainty and rationality to the system.

Keywords : Qualified precedents. Litigation. Jurisdictional provision. Text. Norm. Legal certainty. Rationality..

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	9
2 – <i>HABEAS CORPUS</i>: HISTÓRICO, LINHAS PROCESSUAIS E O <i>WRIT</i> NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	14
2.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO <i>HABEAS CORPUS</i> NO MUNDO AO LONGO DO TEMPO	15
2.2 O <i>HABEAS CORPUS</i> NO BRASIL	17
2.3 – ABRANGÊNCIA, PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES	21
2.4 O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE CRIMINAL E O <i>HABEAS CORPUS</i> NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	24
2.4.1 A crise numérica e o desvirtuamento no uso do <i>habeas corpus</i>	32
2.4.2 Casos concretos firmados no âmbito estreito do <i>habeas corpus</i> que alteraram os paradigmas decisórios até então vigentes	36
2.5 DA NECESSIDADE DE UMA LEI ESPECÍFICA PARA REGULAMENTAR O <i>WRIT</i> ⁴³	
2.5.1 Da insuficiência das propostas regulamentares existentes.....	48
3 – ASPECTOS DA PRINCIPIOLOGIA PENAL E PROCESSUAL PENAL NA TEORIA DE PRECEDENTES QUALIFICADOS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE INTERPRETATIVA	55
3.1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENALIS E SUA COMPATIBILIDADE COM UMA TEORIA DE PRECEDENTES	57
3.1.1 Os precedentes qualificados e um novo entendimento acerca da Teoria do Direito e do princípio da legalidade.....	60
3.1.2 Igualdade, independência e outros princípios	66
3.1.2.1 O <i>amicus curiae</i> e sua relação com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle.....	73
3.1.3 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Interpretação.....	76
3.1.3.1 A necessidade de releitura também é interna	80
4 – OS PRECEDENTES QUALIFICADOS: A APROXIMAÇÃO COM O <i>COMMON LAW</i>, A NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A DOUTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	91
4.1 HIBRIDISMO BRASILEIRO? <i>COMMONLIZAÇÃO</i> ? A APROXIMAÇÃO COM O <i>COMMON LAW</i> E A MANUTENÇÃO DOS INSTITUTOS PRÓPRIOS DO <i>CIVIL LAW</i>	93
4.2 DA JURISPRUDÊNCIA AO PRECEDENTE: A NECESSIDADE DE PERCORRER O CAMINHO DA PERSUASÃO À VINCULAÇÃO	96
4.3 <i>TREATLIKE CASES ALIKE</i> : A NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS.....	99

4.4	A DOCTRINA DO <i>STARE DECISIS</i>	102
4.4.1.	Os elementos marcantes: a <i>ratio decidendi</i> e o <i>obiter dictum</i>	104
4.4.2.	Elementos da análise interpretativa: a distinção e a superação.....	106
4.5	OS PRECEDENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	109
4.5.1.	O artigo 927 do Código de Processo Civil e os instrumentos aptos à formação de precedentes no âmbito penal.....	111
4.5.1.1.	Orientação do plenário ou órgão especial	117
5	– CONCLUSÃO	121
	REFERÊNCIAS.....	125

1 – INTRODUÇÃO

A realidade pós-positivista vivida no sistema jurídico do *civil law* conferiu ao julgador um papel de destaque na atividade interpretativa ao franquear-lhe o juízo de adequação da norma jurídica ao caso concreto. Essa liberdade imprimiu um indesejado subjetivismo às decisões judiciais que culminou na criação não uniforme da jurisprudência, situação geradora de enorme insegurança jurídica, instabilidade e desigualdade.

De forma rasa, entendido como uma decisão de observância obrigatória para os casos futuros que contém uma tese jurídica, o precedente qualificado repousa suas raízes na tradição do *common law*, sendo a principal fonte criadora do direito neste sistema.

A despeito das peculiaridades e diferenças estruturais, percebe-se um movimento de aproximação entre as tradições jurídicas modernas. Rigaux (2000) apregoa que uma evolução convergente aproximou os países de direito escrito e de direito comum, sendo possível observar uma multiplicação de textos legais no *common law* e a implementação de teorias jurisprudenciais nos países de *civil law*.

A realidade judicial brasileira faz o movimento contrário dos países do *common law*, que buscam cada vez mais flexibilizar a estabilidade dos precedentes. A perquisição pela estabilização jurisprudencial marcou uma virada interpretativa tendente a conferir integridade ao direito nacional.

O Código de Processo Civil de 2015, numa tentativa de implementar mecanismos de maior racionalidade jurisprudencial, incorporou uma teoria geral de precedentes. A legislação previu um modelo vinculante pautado nos deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização, numa tentativa de causar a descontinuidade do sistema jurisprudencial com força meramente persuasiva vigente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Não obstante as discussões acerca da constitucionalidade das previsões contidas na lei de ritos e de sua aplicabilidade ao sistema judicial nacional, a maioria da doutrina se inclinou no sentido de que a adoção dos precedentes qualificados tem o condão de gerar segurança jurídica, isonomia e eficiência já que colmata as

incertezas e desigualdades advindas das decisões conflitantes em situações similares¹.

Vale ressaltar que não há tratamento específico sobre a matéria no processo penal brasileiro.

Tendo em vista que o Direito Processual Civil e o Processual Penal emanam de uma Teoria Geral do Processo e que o art. 3º do Código de Processo Penal admite a interpretação extensiva e aplicação analógica, a discussão acerca da incorporação do sistema de precedentes do processo civil logo migrou para a esfera penal.

No entanto, o processo penal brasileiro vive uma realidade residual em que normalmente os avanços e discussões são gestados no campo civil para posteriormente aportar no âmbito criminal.

Na prática profissional das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça é nítida a crise enfrentada na tentativa de entrega de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Dados constantes do Anuário da Justiça Brasil², publicado em 10 de maio de 2023, apontam o crescente número de impetrações de *habeas corpus* na justiça brasileira e o aumento exponencial da litigiosidade penal. O documento explicitou o cenário crítico vivido pelo Superior Tribunal de Justiça ao detalhar em números que “de 2000 para 2010, o número de HCs recebidos anualmente pelo STJ cresceu 90%, de três mil para 28 mil. Dez anos depois, houve outro salto: dessa vez, o aumento foi de 50 mil decisões. A numeração dos HCs no STJ já superou 800 mil”.

Nessa toada há de se questionar se a adoção pura e simples da teoria de precedentes estabelecida no âmbito civil atende às particularidades do direito material e processual penal brasileiro.

O problema de pesquisa foi direcionado no sentido de como implementar um marco regulatório que crie um modelo de precedentes qualificados consentâneo com as particularidades do processo penal brasileiro tendo em vista o protagonismo assumido pelo *habeas corpus*; a necessidade de releitura da teoria do direito para compreender a distinção entre o texto e a norma; e a sedimentação do Superior Tribunal de Justiça como uma corte interpretativa.

¹ Cita-se como exemplo a obra de Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone, Elpídio Donizetti, Luiz Guilherme Marinoni, Humberto Theodoro Júnior e Dierle Nunes.

² Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/10>. Acesso em: 22 mai. 2023.

O método adotado foi o dedutivo.

A pesquisa encontra relevância diante da crescente discrepância de entendimentos entre os Tribunais acerca da mesma matéria e do impacto desta discrepância na liberdade dos indivíduos, na coerência do sistema judicial brasileiro e na duração razoável do processo, o que culmina na crise de suficiência e adequação do direito penal e processual penal pátrios.

O trabalho foi dividido em três capítulos. O inaugural trata do *habeas corpus* avançando sobre seus contornos históricos e a evolução do instituto no Brasil. As condições processuais também foram estudadas. Destaque especial foi dado aos números da Justiça brasileira e ao aumento da litigiosidade no âmbito criminal. A preocupação com a falta de limites objetivos para o manejo das impetrações e o desvirtuamento no uso do *writ* surgem como problemas a serem solucionados.

Três julgados foram relacionados para o estudo dos casos que alteraram os paradigmas decisórios até então vigentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça comprovando que na prática jurídica a jurisprudência já tem força vinculante, sem, no entanto, valer-se da principiologia imposta por uma teoria de precedentes estruturada.

O capítulo seguiu fazendo uma análise acerca da necessidade de uma lei específica para regulamentar o *habeas corpus*, com ênfase na criação de uma proteção dinâmica ao instituto, observância ao contraditório maximizado e à duração razoável do processo.

No capítulo 2 os princípios processuais penais informadores do processo foram estudados bem como foi demonstrada a sua compatibilidade com uma teoria de precedentes. A necessidade de uma releitura acerca da teoria do Direito foi destacada com ênfase para a compreensão de que texto e norma não se confundem.

Restou explicitado que o Direito extrapola aquilo que está previsto no texto legal (*law in the books*) para se adaptar à pluralidade das relações sociais (*law in action*) e que a aplicação de forma uniforme da norma fortalece o Poder Judiciário. A necessidade de abertura do processo para um diálogo com a sociedade foi apontada como legitimadora da interpretação jurídica levada a efeito dentro dos Tribunais além de promover uma construção coletiva do direito.

Questão de extrema relevância foi apontada no sentido de que a estruturação de uma teoria de precedentes exige o abandono da visão do Superior Tribunal de Justiça como uma Corte de mero controle das atividades dos Tribunais e como terceira

instância recursal. Aqui foi destacada a importância da projeção das decisões do STJ para a unidade do direito e para a racionalidade do sistema judiciário.

Foi apontada, também, a necessidade de adaptação interna do Poder Judiciário a uma teoria de precedentes tendo em vista a relutância dos magistrados singulares e dos Tribunais quanto à adoção dos entendimentos firmados tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal. Aqui, a pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), intitulada “Quem somos. A magistratura que queremos” deu suporte para a conclusão de que a adoção dos precedentes qualificados encontra relutância porque esbarra numa falsa ideia de cerceamento de poder.

O capítulo 3 foi destinado ao estudo da teoria de precedentes, do fenômeno da aproximação do direito brasileiro com as tradições do *common law* e da necessidade de racionalização das decisões judiciais. A maior eficiência verificada no processo anglo-americano é ressaltada, assim como a impropriedade de se defender uma incorporação de institutos próprios do *common law* que não se coadunam com o ordenamento e os institutos jurídicos já sedimentados no Brasil.

O detalhamento da doutrina do *stare decisis* levou ao estudo da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* ressaltando a complexidade do ato de identificação da tese jurídica firmada no precedente qualificado para ser aplicada nos casos futuros. Para além, foram estudados os elementos aptos a gerarem a distinção e a superação de um precedente.

Por fim, o capítulo detalhou os instrumentos aptos à formação de precedentes qualificados, de acordo com a previsão feita pelo artigo 927 do Código de Processo Civil.

Em observância aos dados coletados ao longo da pesquisa e do problema firmado para a investigação na dissertação é possível concluir que a falta de isonomia e previsibilidade das decisões interfere na esfera de liberdade do indivíduo e como o processo penal tutela exatamente a liberdade, uma roupagem própria é adequada. A pesquisa fornece instrumentos que possibilitam o aprofundamento do debate em prol da prestação de uma tutela judicial de qualidade.

Espera-se, assim, que o tema ganhe um enfoque mais voltado à realidade do processo penal brasileiro, em especial ao número crescente de *habeas corpus* impetrados em todos os graus de jurisdição, com um salto qualitativo na prestação da atividade jurisdicional do Estado.

Há uma visível lacuna legislativa quanto ao tema em estudo. Esta pesquisa é importante, revela-se atual e relevante e tem grande potencial para contribuir com o avanço das discussões no campo da efetividade processual, da vedação a uma aceleração anti-garantista e do aperfeiçoamento estatal rumo ao interesse público com a implementação de uma Justiça social efetiva.

2 – *HABEAS CORPUS*: HISTÓRICO, LINHAS PROCESSUAIS E O *WRIT* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O nascimento do direito coincide com a inserção do homem em sociedade e não pode ser percebido senão como vetor de concretização e realização de valores. Segundo Greco Filho (2022), no epicentro da ordem jurídica se encontra o valor da dignidade da pessoa humana, que deve pautar toda a aplicação do direito positivo.

Na vida grega, apesar de já visto individualmente perante o Estado, o homem foi percebido em suas acepções política, intelectual e filosófica, não se discutindo os direitos do indivíduo em face da conduta estatal.

No direito romano, o justo e o lícito já se diferenciavam. A estratificação em três níveis (*jus naturale, jus gentium e jus civile*) inaugurou a tendência para a modificação e evolução dos direitos sob uma perspectiva interindividual, sem, no entanto, conceber um sistema de garantias dos indivíduos contra o Estado.

Greco Filho (2022) rememorou que foi com a doutrina cristã que o homem ganhou centralidade e firmou-se a idealização de existência de um vínculo entre o indivíduo e a divindade, o homem criado à imagem e semelhança de Deus foi entendido como pessoa, e não mais apenas como cidadão. Destacou, ainda, que as escolas cristãs surgiram, e, representadas por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, o direito natural foi ganhando destaque, impondo a valorização da pessoa humana.

No entanto, com a resistência firmada ao Cristianismo, não se estruturou um sistema legal de reconhecimento e respeito aos direitos individuais. Ao longo dos séculos os direitos da pessoa humana foram constantemente ignorados e violados, inclusive pela Igreja, conforme destaca Mossin (2013).

O absolutismo monárquico da Idade Média é lembrado como um dos períodos mais obscuros à liberdade individual, em todos os seus níveis³.

³ Busana (2009) ensina que “Monarquia absoluta e *writ de habeas corpus* são conceitos contraditórios, pois o regime absoluto não pode aceitar processo que obriga a Coroa a motivar seus atos”.

2.1 AS TRANSFORMAÇÕES DO *HABEAS CORPUS* NO MUNDO AO LONGO DO TEMPO

Firmadas as premissas históricas para o reconhecimento dos direitos do indivíduo, passou-se à busca incessante pela garantia da liberdade física do ser humano. Na precisa lição de Miranda (2007) temos que:

a estrada, que o homem percorreu, para que pudesse proclamar que todos têm liberdade física, avançou sem que muitos homens, andando fora dela, pudessem beneficiar-se dos novos expedientes técnicos que se seguiram. Os homens livres lutaram para ter o direito ao *habeas corpus*, enquanto, marginais, havia os servos e os escravos. Quando a liberdade se estendeu a todos, os que não a tinham encontraram a evolução jurídica que os homens livres haviam obtido.

Não obstante alguns autores já identificarem elementos caracterizadores do *habeas corpus* no direito romano^{4/5}, a maioria da doutrina reconhece o instituto como sendo de origem inglesa.

Com a morte do rei Ricardo I, ascendeu ao trono da Inglaterra João, irmão do falecido monarca. Seu reinado (1199-1216) foi marcado por anarquia, decadência, perversidade e todo tipo de arbitrariedade⁶. Foi nesse período que a Igreja perdeu a simpatia popular diante da aproximação do Papado com o rei. Distanciando-se dos interesses do povo, da Igreja inglesa e da nação, o Papa passou a socorrer de forma recorrente à Coroa, perpetuando uma dupla tirania (do Papado e da Coroa), sufocando e perseguindo aqueles que lutavam pela liberdade do povo inglês.

Com a crescente opressão e descontentamento popular, os barões ingleses impuseram ao rei a *Magna Charta Libertarum*. Em 19 de junho de 1215 o pacto foi assinado, e, de acordo com Miranda (2007), “foi a pedra inicial do novo estado de coisas, para a Inglaterra, para as nações-filhas e para o Homem”.

⁴ Holanda (2004) destaca que em casos de privação do direito de ir e vir era previsto o Interdito de *Homine Libero Exhibendo* no qual o pretor determinava que o paciente fosse exibido em público, sem demora, e ouvido. Como a plebe não era tratada com igualdade, sempre prevaleciam os interesses das classes dominantes razão pela qual não se adota o instituto romano como o originário do *habeas corpus*.

⁵ No mesmo sentido da nota anterior Campos (1982) corrobora que “No Direito Romano havia um instituto que talvez tenha sido o precursor do *habeas corpus*. Destinava-se a garantir a pessoa livre que por qualquer circunstância tivesse sido reclamada como escravo. Se tal ocorresse havia o recurso ao interdito de *homine libero*, mas daí não se passou”.

⁶ Até a arquitetura observou uma interrupção evolutiva sensível. Miranda (2007) destaca que a Inglaterra que antes possuía monumentos góticos só alcançou o apogeu mais tarde, sob o governo de Eduardo. Em seu reinado foram perdidos vários países, dentre eles Poatu e a Normandia.

Tourinho Filho (2003) assere que o artigo 48 do documento firmado estabelecia que “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de julgamento de seus pares, de acordo com as leis do país”. Este dispositivo visava assegurar a liberdade individual e impedir a prisão cautelar sem o prévio controle judicial.

Nasceu aí a pedra angular do *habeas corpus*. Uma ordem escrita (*writ*) de apresentação pessoal de alguém. De acordo com Tornaghi (1989), no *habeas corpus* o juiz requeria a presença física de alguém e por essa razão emitia uma ordem escrita para que a pessoa fosse apresentada de corpo presente.

A Carta de 1215 representou um inegável avanço na tutela das liberdades do indivíduo e chegou a prever meios inibitórios contra os abusos do feudalismo vigente. O mencionado artigo 48 já indicava o nascimento de um devido processo legal e a observância à legalidade.

Apesar de tão valiosa para a garantia das liberdades e de sua positiva repercussão social, a Carta foi transgredida e inobservada reiteradas vezes. Roma chegou a considerar o documento como um ato de rebelião. Mesmo após a morte do rei João-sem-Terra, os direitos lá previstos não se consolidaram.

Em 1258 uma nova tentativa da aristocracia em afirmar os direitos de liberdade veio à lume. Foi constituída, com 224 membros, a primeira Assembleia inglesa, que recebeu o nome oficial de Parlamento e redigiu as chamadas “Provisões de Oxford”, posteriormente juradas pelo rei e anuladas pelo Papa.

Desencadeou-se o caos e a revolução. O direito à liberdade individual esvaía-se e cedia lugar às novas opressões. De modo inversamente proporcional, as aspirações libertárias animavam o espírito do povo inglês.

Miranda (2007) acrescenta que as convocações do Parlamento se tornaram constantes a partir de 1295. Um novo regime governamental surgiu. Em 5 de novembro de 1298, após o pedido do Parlamento, foi assinada uma nova confirmação da Carta Magna pelo Rei Eduardo.

Séculos de luta seguiram até que o autoritarismo de Carlos I levou o Parlamento de 1628 a convocar a Assembleia que redigiu a *Petition of Rights*, que representou o renascimento do *habeas corpus*.

O direito de ir, vir e ficar permaneceu sem pleno reconhecimento e mesmo após a *Petition of Rights* as ordens de *habeas corpus* eram denegadas de forma reiterada.

Percebeu-se que a mera proclamação de direitos e princípios seria inócua sem a devida regulamentação de ritos processuais. Surgiu o *Habeas Corpus Act* de 27 de maio de 1679, que promoveu a disciplina processual da proteção ao direito de liberdade⁷.

A lei de 1679 tinha cunho eminentemente processual e dispunha sobre o direito de prestar caução; previsão de multa ao juiz ou *lord chancellor* que se recusasse a dar um *writ* de *habeas corpus*; vedação ao transporte como prisioneiro do habitante da Inglaterra; perda do ofício do carcereiro que incorrer em ilegalidades; vedação a uma nova prisão pelo mesmo fato; e fixação do prazo de até 21 dias para apresentação do preso a um dos juízes do reino.

Assim, com a previsão de garantias e a estruturação processual, firmou-se o instituto do *habeas corpus*, que de acordo com Miranda (2007), foi fruto da luta do povo inglês que transformou um direito nominal em um direito prático, efetivo e fundamental.

2.2 O HABEAS CORPUS NO BRASIL

Sob a égide das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas⁸ o instituto do *habeas corpus* não recebeu o devido tratamento. Atribui-se ao Decreto de 23 de maio de 1821 o marco legislativo que deu origem ao *habeas corpus* em solo brasileiro.

Mesmo sem trazer em seu bojo a denominação de *habeas corpus*, o mencionado Decreto é reconhecido como o marco inicial da tutela das liberdades. Nele firmou-se a prisão em flagrante como instrumento legal para a detenção do indivíduo; proibiu-se a prisão sem culpa formada; estabeleceu-se um prazo para o encerramento do processo; previu-se a publicidade das audiências e começaram a germinar os direitos humanos dos presos.

A Constituição do Império, de 1824, embora de ânimo liberal, deixou de se referir ao instituto.⁹

⁷ Marques (1965) destaca que “veio o que Blackstone denominou de Segunda Magna Carta, isto é, o *Habeas Corpus Act* de 1679, destinado a disciplinar, processualmente, através de atos legais, a proteção ao direito de liberdade. Os preceitos da Magna Carta se mostravam ineficazes devido o insuficiente sistema processual: *but is had been inefficacious of a stringent system of procedure*”.

⁸ Diz-se que nas ordenações Filipinas as chamadas cartas de seguro exerciam de forma embrionária o papel do *habeas corpus*.

⁹ Doutrina minoritária defende que ao prever no art. 179 que a prisão do indivíduo só pode ocorrer no caso de culpa formada estaria prevista a garantia do *habeas corpus* no texto constitucional. Ver a obra de Eduardo Espínola, Florêncio de Abreu e Vicente de Azevedo.

O Código Criminal de 1830, em seus arts. 183 e 184 (crimes contra a liberdade individual) fez expressa menção ao *habeas corpus*, no entanto, tais tipos penais foram considerados absolutamente inócuos tendo em vista a inexistência de regramento jurídico do *writ*.

Foi com o Código de Processo Criminal de 1832 (Lei de 29 de novembro de 1832) que o *habeas corpus* foi inserido instrumentalmente na nossa legislação. Mossin (2013) destaca que o art. 340 do diploma assim dispunha: “Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem o direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

A Constituição de 1891 elevou o *habeas corpus* ao status constitucional ao prever no §22 do art. 72 que: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”. O *writ* era a “garantia concedida sempre que alguém estiver sofrendo ou ameaçado de sofrer violência ou coação em seu direito de locomoção – ir, vir, permanecer –, por ilegalidade ou abuso de poder”.¹⁰

No decorrer da história republicana o regramento jurídico dado ao *habeas corpus* pelo Código de Processo Criminal de 1832 manteve-se quase que em sua inteireza. O grande desafio dos juristas foi o de forjar os limites, o conteúdo, a abrangência e o alcance do instituto.

Nesse esforço coletivo para estabelecer os limites do *writ* surgiu a chamada doutrina brasileira do *habeas corpus* inaugurada pelas ideias ampliativas de Ruy Barbosa. Sob a égide da previsão contida na Constituição de 1891 o jurista defendia que o *writ* não poderia ficar adstrito à tutela da liberdade física ou de locomoção do indivíduo (*jus manendi, eundi e veniendi*) e deveria socorrer a qualquer direito individual lesado por abuso ou ilegalidade.

De acordo com Espínola (1980), em editorial publicado no Jornal do Brasil, Barbosa defendeu que o *writ* era o meio idôneo para a garantia da livre manifestação do pensamento pela imprensa ao afirmar que:

“para assegurar a liberdade pessoal, não basta proteger a locomoção. O indivíduo não é livre porque pode mudar de situação na superfície da terra, como animal, e como os corpos inanimados. Há liberdades que interessam à personalidade ainda mais diretamente”.

¹⁰ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 18 set. 2022.

Na visão de Ruy Barbosa, a Constituição continha regras que deveriam ser interpretadas da forma mais ampla possível. Utilizando-se da instituição do júri, defendeu que se a Constituição de 1891 pretendesse manter o *habeas corpus* com as mesmas características estabelecidas na época do Império, o teria feito com a mesma redação já que o texto constitucional foi claro ao prever que: “é mantida a instituição do júri”. Destacou que no Império o *habeas corpus* não tinha assento constitucional e que o desejo da Carta republicana era de romper com a concepção estreita até então vigente.

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Pedro Lessa capitaneou a corrente contrária à compreensão latíssima defendida por Ruy Barbosa. No histórico voto proferido no julgamento do HC n. 3.567, em 1º de julho de 1914, o magistrado deixou bem registrado que o *writ* era meio idôneo para a defesa da liberdade física do indivíduo, e não das demais liberdades. Sua visão restou vencida no âmbito da Corte.

No entanto, de acordo com Cavalcanti (1949), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu uma amplitude nunca vista em outro país ao *habeas corpus*, imprimindo uma genuinidade ao instituto não conferida nem pelo direito inglês.

Vale destacar que até o advento da Constituição de 1934, onde ganhou assento o mandado de segurança, o *habeas corpus* era o único instrumento tutelador da liberdade individual. Por tal razão, justificou-se a amplitude dada ao mesmo.

Mossin (2013) pontua que com a aplicação elástica do *writ* muitos erros foram cometidos, o que levou o então Presidente, Artur Bernardes, no projeto de reforma que culminou na Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, a sugerir a criação de outros instrumentos que tutelassem os vários direitos individuais. Esse movimento resultaria no surgimento do mandado de segurança no Brasil, na Constituição da Segunda República, em 1934.

O já mencionado §22 do art. 72, da Constituição de 1891, passou a ter a seguinte redação: “Dar-se-á o *Habeas Corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.¹¹

Foi nessa reforma que os constituintes restringiram o espectro do *habeas corpus* aos casos de violência ou grave ameaça à liberdade de ir, vir e ficar do indivíduo fazendo com que a corrente liberal de Ruy Barbosa perdesse fôlego, criando

¹¹ Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon_sn/1920-1929/emendaconstitucional-37426-3-setembro-1926-564078-publicacaooriginal-88097-pl.html. Acesso em: 23 mai. 2023.

um verdadeiro vácuo na tutela das liberdades contra os eventuais abusos que poderiam ser cometidos pelas autoridades públicas.

Em 1934, a Constituição de marca getulista criou o mandado de segurança¹² e manteve a previsão constitucional do *habeas corpus*, nos seguintes termos: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.” (§23 do art. 113)¹³.

Apesar da redação mais ampla que a do texto de 1926, a interpretação mais literal e elástica não se firmou, já que se pacificou a compreensão de que dois institutos não poderiam tutelar os mesmos direitos.

A Constituição do Estado Novo, de 1937, retomou os moldes da redação contida na reforma de 1926, e atribuiu ao *writ* a seguinte previsão: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.” (§16 do art. 122).¹⁴

A menção ao direito de ir e vir limitou claramente a abrangência do *writ* ao direito de locomoção.

No âmbito infraconstitucional, o *writ* foi previsto nos arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal vigente (Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941). Por sua relevância, tais normas serão objeto de estudo particularizado no decorrer desta dissertação.

Na Constituição de 1946, constou a seguinte redação: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.” (§23 do art. 141).¹⁵

¹² Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes. (§34 do art. 113). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

¹³ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

¹⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

¹⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

Sob a égide do regime militar, a Constituição de 1967 manteve a previsão contida na Constituição de 1946, mas promoveu a “suspensão do *habeas corpus* para os chamados crimes políticos”.¹⁶

Datada de 5 de outubro de 1988, a nominada Constituição Cidadã inaugurou uma nova ordem jurídica no país, promovendo a ampliação das liberdades e dos direitos e garantias individuais.

O *habeas corpus* ganhou assento no art. 5º, inciso LXVIII, com a seguinte feição: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”.¹⁷

O texto constitucional de 1988 acabou com as restrições impostas pelo regime militar e firmou o *habeas corpus* como cláusula pétrea, ao inseri-lo no rol das garantias fundamentais individuais¹⁸.

2.3– ABRANGÊNCIA, PRESSUPOSTOS E CONDIÇÕES

Previsto atualmente no art. 5º da Constituição Federal e nos arts. 647¹⁹ e seguintes do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* é remédio de direito constitucional processual que tutela o direito de ir, vir e ficar do indivíduo.

Se destina à proteção da lesão ou ameaça de lesão decorrente de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder. Pode ser liberatório ou preventivo.

É ação de manejo rápido, de cunho eminentemente popular, já que pode ser impetrado por qualquer do povo tendente à preservação da liberdade²⁰. Não se exige

¹⁶ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em: 18 set. 2022.

¹⁷ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

¹⁸ Vale mencionar que no campo internacional o *habeas corpus* também é previsto em diversos tratados e convenções internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Convenção Europeia de 1950 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

¹⁹ Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

²⁰ Conforme redação dada ao art. 654 do CPP, a legitimidade ativa recai sobre qualquer do povo, em seu favor ou em favor de terceiro. Confiram-se:

Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

§ 1º A petição de *habeas corpus* conterá:

a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;

habilitação legal ou representação por advogado para a impetração, independe de capacidade civil, política ou processual, de idade ou profissão²¹. É instrumento próprio do Estado Democrático de Direito acessível a qualquer indivíduo.

Não obstante estar previsto no capítulo referente aos recursos no processo penal, é pacífico que se trata de ação de impugnação autônoma, de matriz constitucional. Nesse sentido pode-se afirmar que não há prazo para a impetração do *writ*; é cabível, inclusive, contra decisões já passadas em julgado; pode ser impetrado contra ato de qualquer autoridade, seja judicial ou não; e é também viável contra ato de particular²². O remédio heroico também é cabível contra decisões judiciais sem previsão de recurso.

Nucci (2014) afirma tratar-se de ação *sui generis*, com polo ativo singular (coincidência entre impetrante e paciente) ou complexo (distinção entre impetrante e paciente), e de polo passivo peculiar, correspondente à autoridade apontada como coatora, que deve prestar as devidas informações (e não contestação), que poder ser dispensada pelo julgador.

É garantia individual salvaguardada em norma jurídica e, etimologicamente significa “toma o corpo”. Seu objetivo é conceder a liberdade de locomoção ao indivíduo que dela está privado e possui caráter nitidamente mandamental já que envolve uma ordem dada pelo julgador para que cesse imediatamente a coação ilegal por parte da autoridade apontada como coatora, sob pena de configuração do crime de desobediência.

Na seara processual, a ação exige o preenchimento de condições gerais de admissibilidade, tais como a legitimidade ativa e passiva, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

§ 2º Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

²¹ É admissível, inclusive, a impetração de *habeas corpus* por pessoa jurídica em favor de quem esteja submetido a constrangimento ilegal.

²² Confirmam-se, por exemplo, o que foi noticiado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da liberação, em *habeas corpus*, de um paciente internado compulsoriamente sem a concordância de seu psiquiatra. A Terceira Turma do STJ concedeu o *writ* considerando que a internação contrariou a recomendação expressa do profissional. (Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13122021-Terceira-Turma-libera-paciente-internado-compulsoriamente-sem-a-concordancia-do-psiquiatra.aspx>. Acesso em: 17 set. 2022).

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, o *habeas* tem cabimento quando há ameaça ou violação ao direito de liberdade do indivíduo. Tal requisito é complexo e nos casos concretos torna dificultosa sua avaliação, razão pela qual a análise das condições da ação deve ser feita de maneira bem flexível, sempre em favor do paciente. Pode ser concedido a pedido ou de ofício pelo juiz singular ou tribunal.

Vale registrar que a redação do texto constitucional e do Código de Processo Penal possui um ponto confrontante²³. Este último traz o termo iminência em seu bojo, o que não ocorre com o primeiro, sendo, portanto, mais restritivo. Pela proeminência do texto constitucional e pelo princípio da interpretação mais benéfica ao réu vigente no âmbito penal, cabe *habeas corpus* no caso de lesão ou ameaça de lesão iminente ou futura.

A ação exige a certeza e liquidez do direito vindicado, prova pré-constituída das alegações, não comportando o processo dilação probatória vertical e exauriente.

Por estar alçado à qualidade de cláusula pétrea, somente a própria Constituição pode limitar a utilização do *writ*. Atualmente o texto prevê apenas duas restrições: não cabe a impetração de HC contra punições disciplinares²⁴; e durante o estado de sítio, no caso de estado de guerra declarado ou resposta a agressão estrangeira²⁵.

Seu alcance não se limita aos casos de decretação de prisão, sendo cabível a impetração contra quaisquer atos constritivos ligados à liberdade de locomoção do indivíduo.

Apesar da aparência mais conservadora, atualmente os tribunais vem conferindo uma amplitude maior ao *writ*, que refoge à mera proteção direta do direito de locomoção. Acerca do tema, assim se manifestou Badaró (2016):

“O *habeas corpus* transformou-se num amplíssimo agravo cabível contra toda e qualquer decisão interlocutória proferida em processo penal (...) Na prática, porém, verifica-se um paradoxo. Tal medida em princípio, parece benéfica, uma vez que amplia a possibilidade de utilização de um mecanismo para a

²³ Art. 5º, inciso LXVIII, da CF - “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;”

Art. 647 do CPP – “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

²⁴ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

²⁵ Art. 137, II c.c o art. 138, caput, da Constituição Federal

proteção da liberdade de locomoção. Todavia, de fato, a liberdade, muitas vezes, acaba sendo prejudicada. O volume de *habeas corpus* nos tribunais é tão grande que já não se observa uma tramitação prioritária. Não é incomum em caso até de *habeas corpus* liberatório, a demora de meses e meses para o seu julgamento. Em suma, a larga utilização do *habeas corpus* para prevenir lesões longínquas à liberdade (que muitas vezes, razoavelmente, se estima somente ocorrerão depois de anos) acaba prejudicando a utilização de *habeas corpus* para tutelar a liberdade de locomoção em casos em que já existe a violação a tal direito.”

Nucci (2014) alerta para o fato de que os excessos são sempre deletérios e contribuem para a ruína de qualquer sistema judiciário. A restrição excessiva ao uso do remédio heroico apequena a longa tradição e luta pelo firmamento dos direitos individuais e, por outro lado, sua ampliação desmedida sobrecarrega o sistema, vulgariza o instituto e tira-lhe a natureza célere e eficaz.

O autor afirma que “o *habeas corpus* é um remédio, mas não pode ser tornar um veneno para as instituições, permitindo a morte de recursos expressamente previstos em lei, desigualando as partes”.

A luta agora há de ser pelo equilíbrio, pelo justo meio. Por vocação constitucional, o *habeas corpus* destina-se à tutela da liberdade individual de ir, vir e permanecer. De forma paralela, casuística e dependente da análise concreta, questões correlatas, que tenham grande chance de resvalar e ameaçar essa tutela libertária, não podem ser excluídas da apreciação judicial.

2.4O AUMENTO DA LITIGIOSIDADE CRIMINAL E O *HABEAS CORPUS* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os números do Poder Judiciário impressionam e indicam que a sociedade brasileira é conflituosa e depende da atuação firme de suas instituições para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

De acordo com as informações constantes da Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DATA JUD), mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, até o dia 28 de fevereiro de 2023 o saldo residual de processos originários e em grau de recurso

no âmbito da Justiça somava 77.783.339 processos. Até a mencionada data, foram 3.503.724 processos novos e 3.326.220 julgados²⁶.

O mesmo relatório aponta que foram prolatadas 7.034.290 decisões e 8.863.345 despachos; 251.105 liminares foram deferidas e 200.869 indeferidas (até o dia 28 de fevereiro de 2023).

Consta do Anuário da Justiça Brasil de 2022 que quanto à distribuição por ramos do Direito, o Direito Penal está em terceiro lugar, somando 13% dos casos novos no país²⁷.

No Relatório Justiça em números 2022 (ano base 2021), o Conselho Nacional de Justiça apontou que foram distribuídos 2,2 milhões de novos processos criminais no Poder Judiciário. Destes, 1,5 milhão (56,5%) no primeiro grau; 11,1 mil (0,4%) nas turmas recursais; 573,5 mil (21,4%) no segundo grau e 140,2 mil (5,2%) nos Tribunais Superiores. Se computadas as execuções penais, que totalizaram 441,7 mil (16,5%), o montante sobre para 2,7 milhões de novos processos criminais²⁸.

De acordo com o mencionado documento, “a Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 70,8% da demanda. Na área criminal, essa representatividade aumenta para 92,6%.”.

Apesar da ressalva de que o quantitativo de processos que ingressaram reduziu no ano de 2020, e teve aumento no de 2021, com variação de 6,4%, o órgão fez o registro de que possivelmente a Justiça Criminal foi impactada pela pandemia de covid-19, “tendo em vista a necessidade de se realizarem audiências criminais e sessões do tribunal do júri virtuais e a possível dificuldade na logística de trânsito prejudicada pelos casos de infecção nas instituições penitenciárias e na força policial”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os números também impressionam. Para uma análise mais pontual e precisa, serão analisados os dados compreendidos entre os anos de 2019 e 2022 no âmbito da Corte, com ênfase nos números referentes ao *habeas corpus*.

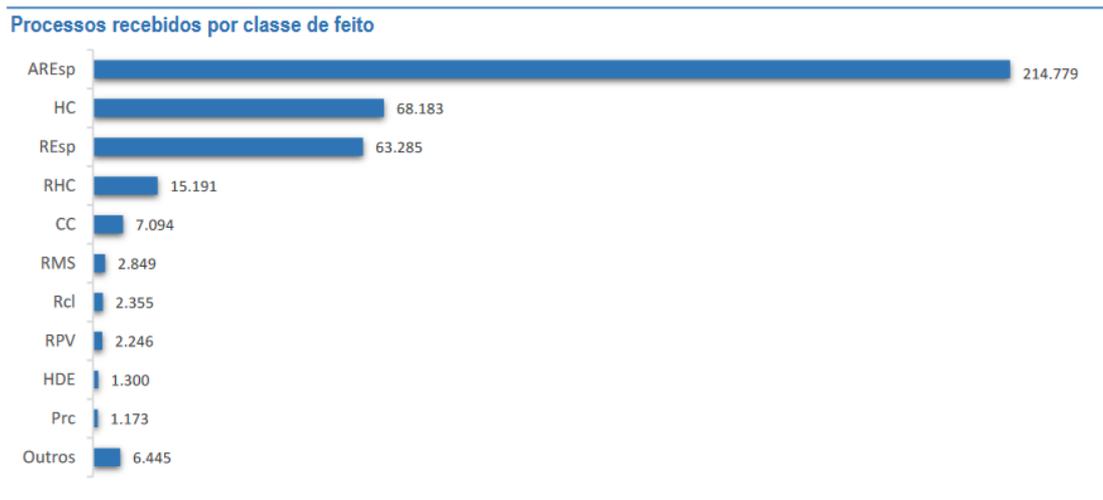
²⁶ Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 22 mai. 2023.

²⁷ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2022/pages/page/8>. Acesso em: 21 set. 2022.

²⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2023.

No Boletim Estatístico do STJ (ano 2019), consta que o tribunal recebeu 384.900 novos processos, entre originários e recursais²⁹. Este número representa um crescimento de 11,1% (38.581) em relação ao ano anterior, e uma média de expansão de 4,7% ao ano desde 2013, conforme consta do próprio boletim.

Em 2019, as duas classes mais distribuídas foram os agravos em recurso especial e os *habeas corpus*, conforme a figura abaixo³⁰:



Fontes: Secretaria Judiciária e STI (Sistema Justiça).

Os números revelaram que os *habeas corpus* seguiram uma tendência de alta com crescimento médio de 10,5% ao ano e variação de 14% em 2019³¹. Consta que “o julgamento dos HC ficou estável em 2019 após forte tendência de alta desde 2014 com crescimento médio na ordem de 28,5% ao ano”.

Das 543.381 decisões terminativas proferidas, 111.135 (20,5%) foram prolatadas por órgãos colegiados e 432.246 (79,5%) de forma monocrática. Os *habeas corpus* representaram 12,7% deste montante (69.228 decisões)³².

Em 2019, os *habeas corpus* representavam 7,9% do acervo do tribunal³³.

Já em 2020, a Corte percebeu os impactos da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2 (COVID-19). Ao todo foram distribuídos 344.034 processos, o que

²⁹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. p. 10. Acesso em: 22 set. 2022.

³⁰ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. p. 10. Acesso em: 22 set. 2022.

³¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. p. 12. Acesso em: 22 set. 2022.

³² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. p. 19. Acesso em: 22 set. 2022.

³³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=343>. p. 33. Acesso em: 22 set. 2022.

representou uma redução de 10,57% em relação ao ano anterior, “interrompendo uma sequência de cinco anos consecutivos de expansão, após aumento de 11,09% (38.397) no ano anterior, indicando que 2019 possivelmente foi um ponto discrepante”³⁴.

Por outro lado, da análise das principais classes vê-se que os agravos em recurso especial representaram 48,89% do total (168.222 processos), e que os *habeas corpus* totalizaram 23,81% das distribuições (81.920 processos)³⁵. Ficou registrado no relatório que “o *Habeas Corpus* continua em tendência de alta com crescimento médio de 20,21% no período e alta de 12.624 (22,74%) neste ano.”.

De acordo com o gráfico abaixo, vê-se que os assuntos em matéria penal foram os mais destacados na corte, ultrapassando os temas historicamente mais correntes³⁶:

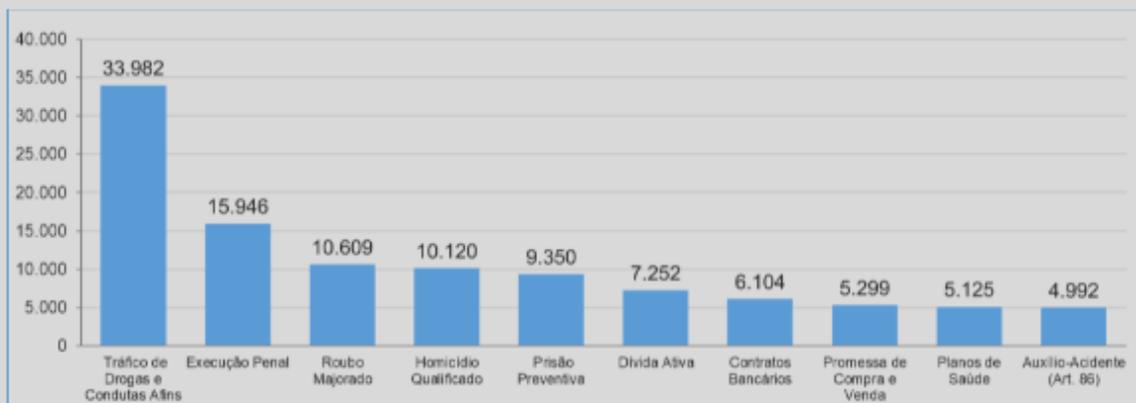


Figura 6. Processos recebidos por principais assuntos em 2020.

O documento deixou bem registrado que a partir da análise da série histórica dos processos recebidos pelo STJ, de acordo com os principais ramos de direito, “o ramo penal segue forte inclinação de alta desde 2014 com crescimento médio de 12,27% no período e com variação de 8,01% (9.634) em 2019”^{37/38}.

³⁴ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 9. Acesso em: 22 set. 2022.

³⁵ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 10. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 10. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁷ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 11. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁸ Consta do relatório estatístico que o direito penal superou o ramo civil que teve queda acentuada de 23,58% (34.338) após dois anos de crescimento, atingindo o menor valor desde 2014. O administrativo teve queda de 16,03% (10.625) após quatro anos de relativa estabilidade (crescimento de 5,93% entre 2015 e 2019). O Tributário apresentou a maior queda relativa de 24,25% (8.849) retornando ao valor

Os agravos em recurso especial seguiram na liderança dos feitos distribuídos, representando 45,80% do total (162.348 processos), e os *habeas corpus* já registraram aumento totalizando 23,52% (83.361 processos)³⁹.

Dos processos julgados pela corte, os *habeas corpus* representaram 21,26% do total (79.450 processos)⁴⁰.

Em 2020 o ramo penal teve crescimento de 1,13% (1.398 processos) seguindo com a tendência de alta observada desde 2014 “com crescimento médio de 8,24% no período”⁴¹.

Seguindo a linha evolutiva dos processos no Superior Tribunal de Justiça consta que em 2021 o tribunal atingiu um recorde histórico. Chegaram à corte 408.770 novos processos, dentre originários e recursais. Esse número representou aumento de 18,73% (64.496 processos) com relação ao ano anterior, “superando significativamente a média de recebidos dos últimos seis anos (344.912)”⁴².

Neste ano os *habeas corpus* representaram 19,08% dos processos (77.996) interrompendo uma sequência de alta verificada desde 2015 “com leve redução de 4,81% (3.943)”⁴³.

Apesar da redução no número de impetrações, “nos últimos cinco anos os principais assuntos recebidos pelo tribunal se concentraram principalmente no ramo de direito penal”⁴⁴. Os números demonstraram, também, que a matéria penal teve “expansão de 6,01% (7.829), seguindo acelerada tendência de crescimento desde 2015 com crescimento médio anual de 11,20%”⁴⁵.

próximo de 2018. O Previdenciário teve aumento de 12,49% (2.091), interrompendo uma sequência de três anos consecutivos de quedas.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 11. Acesso em: 23 set. 2022.

³⁹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 11. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 16. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=357>. p. 17. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. p. 9. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. p. 10. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴⁴ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. p. 11. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴⁵ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. p. 11. Acesso em: 24 set. 2022.

As decisões em *habeas* cresceram 6,84% (5.423 processos), “mantendo sequência de alta desde 2015, com média de crescimento de 17,29% ao ano”⁴⁶.

Publicado em 10 de maio de 2023, compilando os dados de 2022, o Anuário da Justiça Brasil apontou uma “*overdose do remédio heroico*” e trouxe números em franca ascensão no Poder Judiciário ao sumarizar que:

Enquanto os cães ladravam, a caravana passava. Em 2022, o Judiciário brasileiro recebeu 29,5 milhões de casos novos – 2,5 milhões a mais do que em 2021, mantendo uma taxa de crescimento anual próxima dos 9%. Mesmo julgando quase 28 milhões de processos – dois milhões a mais do que no ano anterior –, o Judiciário viu o acervo de processos pendentes crescer 2,5 milhões em 2022 e atingir 76,5 milhões de casos⁴⁷.

O relatório destacou que 92% dos processos em tramitação encontravam-se na primeira instância; 6% na segunda instância e apenas 1% nos tribunais superiores. De acordo com os dados constantes do documento, nestas instâncias a duração do processo já pode ser considerada como razoável, levando, em média, 266 dias.

A conclusão firmada de acordo com os números foi no sentido de que as instâncias superiores performam com mais eficiência, e que “todo ganho de produtividade no topo do sistema acaba contribuindo para que as instâncias inferiores também produzam mais e melhor.”

Os números estão assim representados⁴⁸:

PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO		
	2022	%
1ª Instância	60.657.467	79
Juizados Especiais	9.089.711	11,9
2ª Instância	4.558.141	5,9
Turmas Recursais	1.418.155	1,8
Tribunais Superiores	835.637	1
Turmas de Uniformização	7.567	0
TOTAL	76.566.678	100

Fonte: DataJud/CNJ em 24/3/2023

⁴⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. p. 16. Acesso em: 24 set. 2022.

⁴⁷ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/8>. Acesso em: 22 mai. 2023.

⁴⁸ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/8>. Acesso em: 22 mai. 2023.

O documento menciona também que a criação do filtro de relevância, pela Emenda Constitucional 125/2022, representou um instrumento importante, tal qual a repercussão geral criada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, para o enfrentamento da crise numérica de processos⁴⁹.

No entanto, o que mais chama a atenção no Anuário é o destaque especial dado ao crescente número de *habeas corpus* na justiça brasileira. De acordo com o documento o crescimento vertiginoso das impetrações traduz-se da seguinte forma:

“O Supremo Tribunal Federal julgou mais Habeas Corpus nos últimos 15 anos do que nos 100 primeiros anos de sua existência. Em julho de 2009, 118 anos depois de sua criação em 1891, deu entrada na corte o HC número 100.000. No dia 20 de março de 2023, foi protocolado na corte o HC 226.000. Ou seja, nos últimos 14 anos chegaram ao tribunal 126 mil pedidos do “remédio heroico”, assim chamado por sua capacidade de resolver injustiças e garantir direitos. Em 2020, primeiro ano da epidemia de covid-19, o Supremo bateu o recorde anual com 20 mil decisões em Habeas Corpus. No STJ, o cenário é ainda mais crítico. De 2000 para 2010, o número de HCs recebidos anualmente pelo STJ cresceu 90%, de três mil para 28 mil. Dez anos depois, houve outro salto: dessa vez, o aumento foi de 50 mil decisões. A numeração dos HCs no STJ já superou 800 mil.⁵⁰

A preocupação com a falta de limites objetivos acerca do remédio heroico é percebida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em especial com o seguinte destaque:

⁴⁹ No entanto, vale registrar que no âmbito penal o filtro não trará impacto numérico já que de acordo com o previsto no § 3º do art. 105 da Constituição Federal, sempre haverá a relevância nas ações penais. Essa realidade é bem percebida no Anuário com a seguinte passagem: “Um problema relevante que a EC 125/2022 não conseguirá resolver está na questão criminal. O filtro recursal em nada afetará os colegiados que estão mais abarrotados e que enfrentam maior dificuldade de uniformizar entendimentos. Isso ocorre porque há uma resistência de juízes e tribunais em seguir a jurisprudência da 3ª Seção, uma desobediência exemplificada na postura do Tribunal de Justiça de São Paulo, o que mais encaminha processos ao STJ. Se cada um decide como quer, o resultado é mais recursos, que demorarão a ser julgados. Isso faz com que o Habeas Corpus se torne mais atrativo, por oferecer resposta mais rápida. O remédio heroico, apesar de formar precedente, não vincula posição. O resultado é que, em 2022, o HC foi a segunda classe processual mais recebida – correspondeu a 18% dos processos que ingressaram no STJ, atrás apenas do AREsp. O ministro Joel Ilan Paciornik diz isso é decorrência de uma questão de cultura jurídica entre os operadores do Direito: aos poucos, esse cenário foi transformando o Habeas Corpus em um “santo remédio”. Para o ministro Rogerio Schietti, isso só ocorre porque o Brasil é o único país do mundo em que HC serve para discutir abusos que não digam respeito à liberdade do réu. “Por outro lado, como não usar o Habeas Corpus?”, indaga. “Restringir esse uso é desproteger o réu”, analisa. O ministro que mais os recebeu foi Sebastião Reis: 7.446 HCs, média de mais de 20 para cada dia do ano. Integrantes da 3ª Seção relatam que chegam a receber 80 deles em determinadas datas. Além disso, somados os últimos cinco anos, os quatro assuntos mais julgados pela corte são do Direito Criminal: tráfico de drogas, roubo majorado, homicídio qualificado e prisão preventiva. À frente, inclusive, da execução fiscal, considerada o maior gargalo do Judiciário brasileiro.”

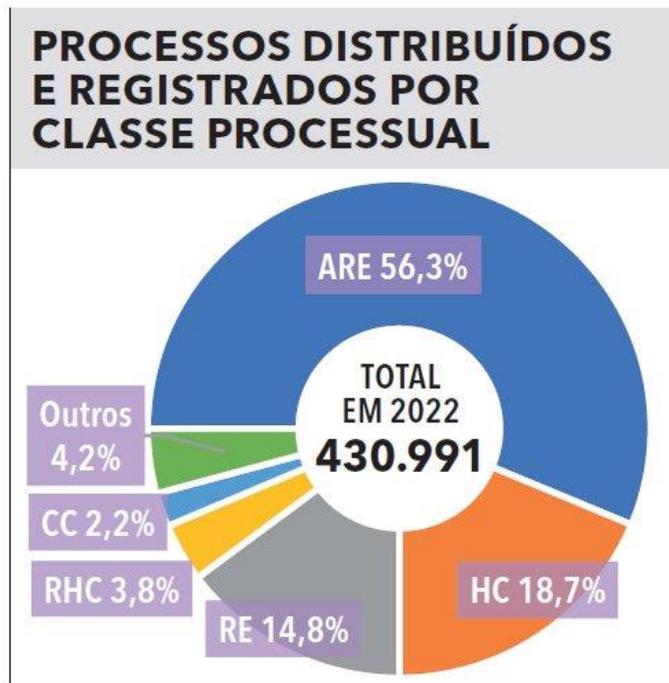
Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/50>. Acesso em: 22 mai. 2023.

⁵⁰ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/10>. Acesso em: 22 mai. 2023.

No STJ o número de HCs também explodiu e é motivo de preocupação entre os ministros da 3ª Seção, que julgam matéria penal. “As últimas decisões relevantes em matéria penal foram proferidas em HCs”, diz Sebastião Reis. No julgamento do HC 779.289, por exemplo, firmou-se a tese de que não é crime o plantio de maconha para fins medicinais. Há ministros, como Rogério Schietti, que acham legítimo a defesa usar HC para discutir qualquer outra coisa que não seja a liberdade do réu. “Tudo bem, é um direito e uma estratégia. Mas há de se arcar com os ônus”, diz.

De qualquer forma, os números da crise processual no âmbito do STJ lhe renderam uma comparação no anuário a Sísifo, o mortal grego que foi condenado a rolar uma grande pedra de mármore até o cume de uma montanha e vê-la retornando ao seu ponto de partida, por atuação de uma força invisível. Alerta-se para o fato de que o Tribunal, antes de cumprir sua missão constitucional de uniformização, é condenado a julgar de forma indefinida e cíclica um número cada vez maior de processos.

Conforme o gráfico abaixo, no ano de 2022 os *habeas corpus* representaram 18,7% dos processos distribuídos no âmbito do STJ⁵¹.



Fonte: www.stj.jus.br em 31/3/2023

⁵¹ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/50>. Acesso em: 23 mai. 2023.

No ano de 2022 foram julgados 79.505 *habeas corpus* e 17.496 recursos ordinários em *habeas corpus*⁵².

A análise destes números indica claramente o que se vê no dia forense: cada vez mais as questões criminais vêm sendo resolvidas no âmbito estreito do *habeas corpus* e que apesar de representar um poderoso instrumento popular para o controle das ilegalidades, medidas precisam ser tomadas para que tal avanço não inviabilize a atuação judicial e o acesso a uma ordem jurídica cada vez mais justa.

2.4.1 A crise numérica e o desvirtuamento no uso do *habeas corpus*

Correntes ampliativas e restritivas são combativas no que toca ao campo de aplicação do *writ*. Fato é que cada vez mais o *habeas corpus* vem ganhando destaque na jurisprudência dos Tribunais e indiscutivelmente há uma tendência de resolução dos conflitos na sua via angusta, o que merece a atenção doutrinária, legislativa, judicial, além de requerer um amplo debate acadêmico.

Em notícia veiculada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, no dia 26 de março de 2019, o crescimento da utilização do *habeas corpus* ficou evidente. Constatou-se da mencionada matéria que “A duas semanas de completar 30 anos de funcionamento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) protocolizou na última sexta-feira (22) o de número 500.000 – um pedido formulado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) relacionado a tráfico de drogas.”⁵³

Previsto na Constituição de 1988 e devidamente instalado em 7 de abril de 1989, o Superior Tribunal de Justiça levou 19 anos para chegar à marca de 100 mil *habeas corpus* distribuídos. Em quase dez anos, foram aproximadamente 400 mil impetrações. Para contabilizar os últimos 100 mil processos, e completar o meio milhão, foram necessários 1 ano e 10 meses. Essa evolução consta dos dados estatísticos abaixo colacionados:⁵⁴

⁵² Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2023/pages/page/51>. Acesso em: 22 mai. 2023.

⁵³ Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-26_06-50_STJ-recebe-o-pedido-de-habeas-corpus-numero-500000.aspx. Acesso em: 18 set. 2022.

⁵⁴ Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-03-26_06-50_STJ-recebe-o-pedido-de-habeas-corpus-numero-500000.aspx. Acesso em: 18 set. 2022.

Número do Processo	Data de entrada no STJ
HC 1	28/04/1989
HC 100	24/08/1989
HC 1.000	13/11/1991
HC 10.000	29/06/1999
HC 100.000	07/02/2008
HC 200.000	16/03/2011
HC 300.000	29/07/2014
HC 400.000	19/05/2017
HC 500.000	22/03/2019

Total de habeas corpus protocolizados no STJ nos últimos cinco anos	
2014	27.217
2015	33.036
2016	37.883
2017	47.558
2018	55.555

De acordo com a secretaria de apoio do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, em 24 de maio de 2023, os *habeas corpus* já ultrapassam a marca dos 825.000 processos e os recursos ordinários em habeas corpus os 181.000.

Reiteradas manifestações dos Ministros da Corte vêm confirmando o seu aumento expressivo e revelando uma tendência de difícil reversão.

Em 2021 foi noticiada na página eletrônica do mencionado Tribunal matéria com o seguinte título: “Ministros da Sexta Turma citam excesso de habeas corpus e necessidade de priorizar os que afetam a liberdade⁵⁵”.

Em 13 de setembro de 2022 o Ministro Sebastião Reis Junior, em plena reunião do Colegiado da Sexta Turma destacou o uso desmedido do *habeas corpus* e o seu impacto na prestação jurisdicional⁵⁶.

Por brandura do próprio Tribunal e pela ausência de um regramento específico, o *writ* foi aceito de forma ampla e firmou-se como instrumento para o acesso do indivíduo ao Judiciário, o que culminou no desvirtuamento funcional de algumas impetrações.

Uma rápida pesquisa na página de jurisprudência do STJ indica que os Ministros integrantes da Terceira Seção firmaram entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, sob pena de inobservância de sua missão constitucional.

No entanto, é comum decidir-se pelo não conhecimento da impetração, com o avanço sobre seu mérito, para a concessão da ordem de ofício nos casos de

⁵⁵ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/22102021-Ministros-da-Sexta-Turma-citam-excesso-de-habeas-corpus-e-necessidade-de-priorizar-os-que-afetam-a-liberdade.aspx>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁵⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-13/sessao-47-sustentacoes-ministro-stj-consciencia>. Acesso em: 15 set. 2022.

ilegalidade ou teratologia constatada⁵⁷. O problema é que essa análise não é uniforme e representa a opinião pessoal de cada julgador.

A alusão à necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus* está presente quase que na totalidade das decisões, mas prevalece a análise material do caso concreto. O fundamento em si é contraditório já que força o exame de todas as impetrações para se chegar à conclusão acerca da existência de ilegalidade ou não. As impetrações são apenas formalmente não conhecidas.

O filtro procedimental hoje é retórico. Na verdade, o conhecimento ou não da impetração fica na vontade do magistrado, o que culmina em decisões contraditórias no âmbito dos tribunais e aponta para uma perigosa tendência ao casuísmo (jurisprudência lotérica e casuística). Fica na subjetividade do julgador algo que poderia ser clarificado com a edição de uma lei específica, conforme se verá mais adiante.

Admite-se também o *habeas corpus* para questionar condenação passada em julgado. Aqui, da mesma forma como dito em linhas volvidas, diz-se que não se admite a impetração como sucedâneo de revisão criminal, ressalvados os casos em que a ilegalidade seja manifesta⁵⁸ (mas não há uma objetividade quanto ao tema).

Em *habeas corpus* é comum debater-se a ilegalidade da prisão por falta de justa causa. Infelizmente o encarceramento ainda é a primeira opção dos magistrados brasileiros, mesmo com a previsão de medidas alternativas no art. 319 do Código de Processo Penal e revelando-se absolutamente excessiva a pena corporal.

Casos que poderiam ser resolvidos pelo juiz da causa, porque referem-se a crimes de pequena monta, praticados sem violência ou grave ameaça; por pacientes primários; com residência fixa e sem indicativos de envolvimento com o crime organizado chegam a todo momento nas cortes superiores com pedidos de imediata soltura do acusado.

Pereira (2022) alerta que os julgados mais recentes do STJ indicam, inclusive, que a ação autônoma de impugnação está sendo utilizada para discutir a nulidade de elementos probatórios colhidos ao longo da marcha processual, consolidando o

⁵⁷ Vide AgRg no AgRg no HC n. 753.061/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022 e HC n. 740.692/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022.

⁵⁸ Vide AgRg no HC n. 728.639/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022 e AgRg no HC n. 726.544/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.

entendimento de que o *writ* pode ser instrumentalizado para a verificação da legitimidade sobre os atos procedimentais⁵⁹.

Atualmente os tribunais admitem as impetrações de *habeas corpus* para os mais diversos assuntos: contra a designação de audiências; contra decisões interlocutórias; para o exame da dosimetria da pena; para avaliação da ilicitude da prova; para anulação de prova; contra o excesso de linguagem da decisão de pronúncia; excesso de prazo na marcha processual, dentre tantos outros casos localizáveis na jurisprudência.

Por essa razão, é pertinente a seguinte manifestação do Ministro Sebastião Reis Júnior: "Na prática, torna-se quase que inviável o trabalho. Você passa o dia só despachando Habeas Corpus"⁶⁰.

Tal elasticidade dificulta a fixação de teses qualificadas pelos Ministros e faz com que as questões que deveriam ser resolvidas no bojo de um recurso especial, por exemplo, sejam deslocadas para a resolução na via angusta do *habeas corpus*.

Nesse sentido já se manifestou o Ministro Joel Ilan Paciornick ao dizer que "o grande número de *Habeas Corpus* muitas vezes não permite que a Seção forme precedentes qualificados a partir de recurso especial. Como temos mais de 60% de nossos gabinetes formado por HCs, não conseguimos, muitas vezes, discutir teses que geram o precedente vinculativo"⁶¹.

As razões para o aumento substancial no número de impetrações não são poucas e nem de simples e rápida solução. Existe um problema estrutural no Judiciário que impede que as instâncias ordinárias sigam o entendimento firmado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal. Sob o escudo da independência e autonomia, tanto os juízes de piso quanto os tribunais se recusam a aplicar os entendimentos já pacificados pelas instâncias de sobreposição. Essa renitência configura ilegalidade passível de correção via *habeas corpus*.

Outro fator bastante relevante contribui para o aumento. Conforme visto em linhas passadas, o *habeas corpus* é ação de manejo rápido, com condições

⁵⁹ Nesse particular vale destacar os julgados proferidos nos HC's 598.886/SC e 712.781/RJ que deram uma nova interpretação ao art. 226 do CPP (procedimento de reconhecimento de pessoas) e 598.051/SP que tratou dos casos de exceção à regra de violação de domicílio nos crimes de tráfico de drogas.

⁶⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/decisao-schiatti-cruz-critica-desvirtuamento-habeas-corporus>. Acesso em: 28 set. 2022.

⁶¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-11/decisao-schiatti-cruz-critica-desvirtuamento-habeas-corporus>. Acesso em: 27 set. 2022.

processuais menos engessadas e tempo de tramitação bem mais célere. Num país onde a entrega da tutela judicial se arrasta por anos e muitas vezes é inadequada e inefetiva, o *writ* é a solução.

Os pedidos liminares estão presentes em quase todas as impetrações o que garante uma resposta ágil e uma análise de pronto, mesmo que de forma inicialmente superficial.

Aliada a tal condicionante, ainda se tem que o manejo das ações criminais, em particular os recursos especiais, exige o preenchimento de inúmeros requisitos de difícil alcance. O *habeas corpus*, por não exigir tais requisitos torna-se muito mais atrativo e prático para o dia forense.

Ademais, vale registro que a previsão procedimental do *habeas corpus* está contida no Código de Processo Penal (arts. 647 a 667). Tal diploma data da década de 1940, está inserido em outra realidade e projeta uma diferente perspectiva. A sua tábua recursal é defasada, morosa e dificulta a ascensão dos processos aos Tribunais Superiores.

Uma leitura rápida da lei de ritos revela mais de vinte instrumentos para a contestação de decisões judiciais no âmbito penal. Há uma teia infindável de questionamentos a uma decisão, o que impacta diretamente na duração do processo, que está cada vez mais irrazoável.

A porta aberta para todas as discussões, principalmente as defensivas, termina sendo a do *habeas corpus*, que desponta como um instrumento fundamental para o acesso à ordem jurídica e até para o controle do próprio processo penal.

2.4.2 Casos concretos firmados no âmbito estreito do *habeas corpus* que alteraram os paradigmas decisórios até então vigentes

A mudança de parâmetro e comportamento de uma jurisprudência meramente persuasiva para uma vinculante ainda encontra resistência no mundo jurídico.

No entanto, a discussão acerca do ingresso dos precedentes vinculantes no ordenamento brasileiro esvaiu-se com a entrada em vigor no Código de Processo Civil de 2015, onde a questão foi regulamentada.

Inclusive em matéria criminal é possível observar que as cortes superiores vêm firmando teses no âmbito estreitíssimo do *habeas corpus* com força nitidamente

vinculante, sem que essa nomenclatura seja adotada e sem os rigorismos e segurança exigidos por uma teoria de precedentes.

Para este estudo serão citados três julgados que promoveram uma alteração substancial na jurisprudência até então pacificada no âmbito do STJ.

Em 2021 a Sexta Turma da Corte, no julgamento do HC n. 598.051/SP, promoveu uma alteração profunda na jurisprudência até então dominante.

Ao lançar novas luzes sobre o entendimento acerca da relação entre crime permanente e a situação flagrancial que autoriza o levantamento temporário da regra de inviolabilidade de domicílio o Tribunal promoveu uma mudança sistêmica nos julgamentos judiciais.

O Colegiado decidiu que o ingresso dos agentes policiais em uma residência, sem o devido mandado, deveria vir acompanhada da prova da autorização do morador em vídeo e áudio

No voto condutor, de lavra do ministro Rogério Schietti Cruz, concedeu-se a ordem de *habeas corpus* para anular a prova obtida durante a invasão policial na residência de um homem condenado pelo crime de tráfico de drogas. “Os policiais alegaram que tiveram autorização do morador para ingressar na casa – onde encontraram cerca de cem gramas de maconha –, mas o acusado afirmou que os agentes forçaram a entrada e que ele não teve como se opor”.⁶²

A fundamentação do julgado citou estudos que comprovam a estigmatização de determinados grupos sociais e a relação de tal estigmatização com as abordagens policiais, que normalmente são abusivas.

Ao fim, “a Sexta Turma determinou a comunicação do julgamento aos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, bem como ao ministro da Justiça e Segurança Pública, aos governadores dos estados e do Distrito Federal, e às suas respectivas corporações policiais. Também serão informados o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Nacional de Direitos Humanos”.⁶³

⁶² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 17 out. 2022.

⁶³ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02032021-Policiais-devem-gravar-autorizacao-de-morador-para-entrada-na-residencia--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 17 out. 2022.

O Supremo Tribunal Federal já havia enfrentado a matéria ao julgar o Recurso Extraordinário n. 603.616⁶⁴, com repercussão geral reconhecida. Na oportunidade ficou estabelecido que o ingresso policial em domicílio sem mandado judicial só se justificava, inclusive no período noturno, quando ancorado em razões concretas e posteriormente comprovadas indicativas do estado flagrancial.

No entanto, a decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça avançou de forma vertical sobre o tema e estabeleceu novos parâmetros para a análise das nulidades no processo penal.

Em setembro de 2022, a matéria foi afetada à Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos⁶⁵. Conforme consta da página eletrônica do STJ, a questão submetida a julgamento foi cadastrada como Tema 1.163, com a seguinte redação: "Saber se a simples fuga do réu para dentro da residência ao avistar os agentes estatais e/ou a mera existência de denúncia anônima acerca da possível prática de delito no interior do domicílio, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, constituem ou não, por si sós,

⁶⁴ Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso.

(RE 603616, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

⁶⁵ Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.990.972, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz

fundadas razões (justa causa) a autorizar o ingresso dos policiais em seu domicílio, sem prévia autorização judicial e sem o consentimento válido do morador"⁶⁶.

Dois outros julgados alteraram a forma de compreender e enfrentar o descumprimento dos procedimentos legalmente previstos.

No dia 27 de outubro de 2020, a Sexta Turma do STJ, por unanimidade de votos, alterou seu entendimento acerca do reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 do CPP⁶⁷. Também relatado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, o HC n. 598.886/SC firmou novos parâmetros sobre o tema promovendo uma análise interdisciplinar acerca da memória humana e seus impactos no processo judicial.

O caso concreto dizia respeito a dois pacientes condenados pelo crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, do CP), com condenação já transitada em julgado. Na impetração requereu-se a absolvição de um paciente e o reconhecimento da participação de menor importância ao outro.

No pleito absolutório, a defesa alegou que a condenação se ancorou apenas no reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, que não foi corroborado por outros elementos probatórios.

A questão da altura do paciente foi ressaltada já que as vítimas alegaram que o autor do fato delituoso tinha aproximadamente 1,70 m de altura e o réu tinha 1,95 m, o que configurava uma grande diferença. Foram destacadas outras contradições quanto aos detalhes físicos do paciente.

Importante mencionar que foram admitidos no processo, na condição de *amici curiae*, o *Innocence Project* Brasil e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.

Em consulta ao sistema eletrônico de processos do STJ foi constatado que o *Innocence Project* alegou que o reconhecimento equivocado de suspeitos é um dos

⁶⁶ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/09092022-Terceira-Secao-definira-criterios-para-busca-domiciliar-sem-mandado-nem-consentimento-do-morador.aspx>. Acesso em: 17 out. 2022.

⁶⁷ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

principais fatores que levam inocentes às prisões. A instituição ilustrou que “nos 375 casos de condenações revertidas pelo *Innocence Project* de Nova York com base em exame de DNA – o “padrão ouro” da prova de inocência – 69% foram causados pelo reconhecimento equivocado do suspeito”⁶⁸.

Já o Instituto de Defesa do Direito de Defesa asseriu para sua admissão que:

Os processos criminais partem mais frequentemente de abordagens policiais do que em um trabalho de investigação e descoberta. Mas não se trata de mera análise sobre o início dos procedimentos, mas do alcance que essa realidade tem no desfecho das ações penais: as condenações são muitas vezes impostas com base em elementos frágeis, em especial os dependentes da memória –comprovadamente falha –como o testemunho. Em boa parte dos casos, a testemunha é o agente policial, o mesmo que pratica abordagens discriminatórias, impulsionadas por racismo estrutural; noutra, igualmente relevante, está o reconhecimento pessoal feito sem nenhum respeito ao art. 226 do Código de Processo Penal, que estabelece parâmetros que, conquanto já obsoletos, são o mínimo exigível em processo penal.⁶⁹

No julgamento foi enfrentada a questão referente ao reconhecimento de pessoas como meio probatório e, ao fim, as seguintes conclusões foram firmadas:

12. Conclusões:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.⁷⁰

Essas conclusões fixaram novas diretrizes para a análise das nulidades procedimentais e promoveram a imediata alteração jurisprudencial sobre o tema.

No voto o Ministro relator fez uma exortação pela “necessidade de adoção de novas rotinas pela Polícia Civil”. Curioso destacar que neste particular o magistrado

⁶⁸ Informações processuais coletadas mediante a inserção de senha pessoal no sistema Justiça Web do Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 2 out. 2022. fl. 697 dos autos

⁶⁹ Informações processuais coletadas mediante a inserção de senha pessoal no sistema Justiça Web do Superior Tribunal de Justiça. Acesso em: 2 out. 2022. fl. 743 dos autos

⁷⁰ HC 598.886/SC, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª T., 27.10.2020, DJe 18.12.2020.

afirmou textualmente que a missão do STJ é a de “uniformizar a melhor interpretação da lei federal, formando precedentes que orientem o julgamento de casos futuros.”⁷¹.

A anterior posição jurisprudencial foi rompida para conferir uma nova interpretação ao art. 226 do CPP e superar o entendimento de que o mencionado dispositivo constituiria mera recomendação.

Como consequência do julgamento, o Tribunal recebeu inúmeras impetrações buscando a aplicação do novel posicionamento.

Apesar da proeminência do tema tratado e das consequências práticas do julgado, críticas devem ser tecidas. Não houve um debate mais aprofundado no processo, não houve uma abertura realmente democrática. Foram admitidos apenas dois *amici curiae*, que pela análise do processo eletrônico, limitaram-se a apresentar uma única petição (pedindo o ingresso) e apenas o *Innocence Project* sustentou oralmente na sessão de julgamento.

O voto do relator fez menção a um relatório, datado de setembro de 2020, elaborado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, que supostamente identificou 53 acusados com reconhecimentos falhos nos últimos seis anos⁷². Pergunta-se: por que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro não foi chamada ao processo para esclarecer os dados constantes do relatório?

A impetração foi recebida, autuada e registrada no STJ no dia 22 de julho de 2020 e levada a julgamento perante o Colegiado da Sexta Turma no dia 27 de outubro do mesmo ano. Ora, tão relevante matéria deveria ser merecedora de maior maturação e debate.

Em 15 de março de 2022, no julgamento do HC n. 712.781/RJ, a Sexta Turma do STJ revisitou o tema e promoveu um ajuste à conclusão n. 4 do mencionado HC n. 598.886/SC.

Neste processo a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro aduziu que o procedimento previsto no art. 226 do CPP não foi observado e pugnou pela concessão da ordem⁷³, requerendo a anulação do acórdão combatido com a consequente realização de novo julgamento pelo Colegiado estadual.

⁷¹ HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., 27.10.2020, DJe 18.12.2020.

⁷² HC 598.886/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., 27.10.2020, DJe 18.12.2020.

⁷³ Consta do processo que a vítima, na fase inquisitorial, reconheceu os autores do crime a partir da foto de uma notícia veiculada na Internet.

Nos fundamentos do acórdão proferido pela Sexta Turma foram solidificadas várias garantias em favor dos acusados em geral e o julgamento foi concluído considerando o fenômeno das falsas memórias e da falibilidade humana. Estabeleceu-se que a inobservância do procedimento previsto para o reconhecimento de pessoas aumentava o risco de produzir um resultado equivocado, razão pela qual deveria ser declarado nulo.

No tocante ao julgamento deve-se deixar registrado que a defesa pugnou, na petição inicial, pela necessidade de anulação do acórdão recorrido, para que outro julgamento se realizasse. A Sexta Turma do STJ concedeu a ordem de forma mais ampla e além de declarar a nulidade do reconhecimento levado a efeito, ainda absolveu o paciente, sem que outro julgamento fosse realizado pelo Tribunal de origem.

A questão ganhou contornos tão amplos que resultou na formação de um grupo de trabalho no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que culminou na elaboração de um projeto de lei com regras específicas para o reconhecimento pessoal de suspeitos.

Já aprovado no Senado Federal, o PL n. 676/2021⁷⁴ propõe a alteração do Código de Processo Penal para disciplinar o reconhecimento fotográfico de suspeitos. Em 21 de outubro de 2021 o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados e até maio de 2023 aguardava parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Além do projeto de lei, também foi apresentada “uma cartilha com conteúdo orientador voltado para a população; um documento que elenca diagnóstico e boas práticas endereçados ao CNJ, além de proposta de um curso de capacitação voltado a juízes e juízas”⁷⁵.

A partir das conclusões fincadas nestas três impetrações impôs-se uma nova maneira de decidir aos Tribunais ordinários. Apesar de não caracterizarem precedentes qualificados, estes processos inauguraram uma nova e perigosa

⁷⁴ Explicação da Ementa:

Disciplina o reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal; permite o reconhecimento a partir de fotografia; torna obrigatórias a presença, ao lado da pessoa que se pretende reconhecer, de ao menos duas pessoas que com ela guardem semelhança e a advertência à pessoa que faz o reconhecimento de que o autor do crime pode não estar presente.

Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134>. Acesso em: 16 nov. 2022.

⁷⁵ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-apresentara-anteprojeto-de-lei-com-regras-para-reconhecimento-pessoal-de-suspeitos/>. Acesso em: 17 out. 2022.

tendência de julgamento ao estabelecer regramento geral para a aplicação ao caso particular, sem uma parametrização fática, sem o estabelecimento de razões de decidir claras e sem uma ampla discussão de seu alcance e consequências.

2.5 DA NECESSIDADE DE UMA LEI ESPECÍFICA PARA REGULAMENTAR O *WRIT*

Conforme já mencionado neste trabalho, é evidente a elasticidade e a grandeza alcançada pelo *habeas corpus*. No entanto, diante do casuísmo e do aumento da subjetividade para o conhecimento e o enfrentamento procedimental e meritório das impetrações vozes se levantaram com a finalidade de defender a elaboração de uma lei específica que o regule.

Os defensores da legislação destacam que em nosso país há uma lei específica para reger quase todos os institutos jurídicos e insistem que o mandado de segurança, que é um instituto irmão do *habeas corpus*, está disciplinado desde 1951.

O Ministro Rogério Schietti assere ser “mais acertada a opção por uma lei especial sobre o *habeas corpus* na qual se possam fixar parâmetros mais seguros para o manejo desta ação constitucional, minimizando as oscilações que derivam de uma jurisprudência instável”⁷⁶.

Com firmeza afirma que:

Temas que atualmente são objeto de decisões nem sempre uniformes pelos tribunais poderiam ser melhor normatizados, reduzindo as oscilações da jurisprudência e, conseqüentemente, aumentando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, algo tão caro a um verdadeiro sistema de justiça criminal. Apenas para exemplificar, seria importante definir quem são os habilitados a requerer o *writ* em nome do paciente (visto que não é rara a impetração por pessoas estranhas, com riscos de tornar preclusa matéria que seria melhor enfrentada por profissional da confiança do interessado); também se mostraria de todo conveniente regular os prazos e a forma do procedimento, inclusive com mais adequada e explícita regulação dos pedidos de liminar, quase automáticos nas impetrações, mas que, em certos casos, por incabíveis, somente produzem atraso no processamento e no final julgamento do mérito, em prejuízo da Justiça e do próprio jurisdicionado; outro ponto importante para definir por lei seria a possibilidade e os limites de participação do Ministério Público no procedimento, quer como *custos legis*, quer como parte da original relação processual; também não escaparia à regulação legal a possibilidade de antecipar a competência para o julgamento da causa pelos

⁷⁶ Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

tribunais superiores, quando ainda não decidida, na origem, pelo órgão colegiado competente⁷⁷.

Com efeito, ante a amplitude alcançada pelo *writ* urge o debate para regulamentar o instituto e evitar seu amesquinamento e desvirtuação. A manutenção de seu espectro alargado invoca a necessidade de, pelo menos, fixar regras procedimentais que coíbam as impetrações sucessivas (que tratam do mesmo objeto e configuram mera reiteração) e que sejam concomitantes com os recursos legalmente previstos (já que configuram verdadeira usurpação de competência do órgão naturalmente designado para o julgamento do caso).

Por oportuno, vale mencionar que no direito português há previsão específica no código de processo penal de aplicação de multa no caso de pedido infundado de *habeas corpus* (art. 223, item 6⁷⁸). A medida foi implementada com a finalidade de evitar o número excessivo de impetrações e o atraso na tramitação dos processos.

Atualmente o *habeas* encontra disciplina nos artigos 647 a 667 do Código de Processo Penal, o que tem sido insuficiente já que a lei de ritos já não responde bem sequer às necessidades da própria instrução penal. Há uma nítida defasagem legislativa que precisa ser corrigida⁷⁹.

O Código de Processo Penal é ancião, data da década de 1940, é fruto de um momento político de exceção, revela uma outra realidade e uma diferente perspectiva. Seu conteúdo não consegue se amoldar ao tempo presente e aos novos litígios⁸⁰.

O *habeas corpus* é a matriz do processo constitucional e por sua relevância carece de maior atenção. A falta de regramento básico do instituto firma uma jurisprudência altamente defensiva nos tribunais tendente ao subjetivismo e ao

⁷⁷ Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

⁷⁸ 6 - Se o Supremo Tribunal de Justiça julgar a petição de *habeas corpus* manifestamente infundada, condena o peticionante ao pagamento de uma soma entre 6 UC e 30 UC. Disponível em: http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=1202697. Acesso em: 24 mai. 2023.

⁷⁹ A Lei n. 8.38, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, remete a disciplina da matéria de forma integral ao previsto no Código de Processo Penal (Art. 23 - Aplicam-se ao Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça as normas do Livro III, Título II, Capítulo X do Código de Processo Penal.)

⁸⁰ De forma ilustrativa cita-se um *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Pará no qual foi alegado que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tornaram inaplicável o Código de Processo Penal. Disponível em: <https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2914428/defensor-publico-impetra-habeas-corpus-baseado-em-tratados-internacionais>. Acesso em: 2 nov. 2022.

casuísmo, situação que não se coaduna com os princípios da segurança jurídica e da igualdade.

Cappelletti (2010) defende que dado o papel central dos direitos fundamentais, a formação de um processo constitucional adequado e efetivo, construído com estruturas diferenciadas e que produzam efeitos concretos na realidade é urgente.

A criação de uma proteção dinâmica ao *habeas corpus* garante a máxima jurídica de que os direitos só são verdadeiros se munidos de defesa eficaz e acessível.

A criação de uma lei específica que trate do HC pressupõe o ajustamento de posições que hoje estão lançadas de forma casuística na jurisprudência dos tribunais, tanto para o conhecimento quanto para o enfrentamento meritório das impetrações.

A vasta jurisprudência criada deve ser consolidada e também devem ser superadas as tentativas de restringir o alcance do remédio heroico. Há de ser dada à impetração o campo de conhecimento mais amplo possível, sob pena de retroceder no caminho sempre trilhado pelos tribunais pátrios quanto à amplitude do *writ*.

É de se notar que atualmente prevalecem as ponderações individuais acerca do cabimento e do rito a ser empregado para o julgamento do *habeas corpus*. Conforme dito em linhas volvidas, o CPP atual não disciplina a matéria de forma satisfatória e este mister também não pode ser transferido aos regimentos internos dos tribunais. Esta lacuna legislativa aliada ao subjetivismo que vem pairando sobre a matéria geram uma inegável insegurança jurídica, o que deve ser corrigido *de lege ferenda*.

A objetivação dos procedimentos é medida que se impõe. Hoje, recorre-se completamente à produção judicial (monocrática ou colegiada) para dar contornos ao *habeas corpus*, medida absolutamente insegura, instável e perpetuadora de quebras isonômicas.

A normatização de procedimentos para o *habeas corpus*, e a possibilidade de que tal instrumento viabilize a formação de precedentes judiciais pressupõe a observância de critérios mais rigorosos de motivação e também de um processo que garanta de forma plena a ampla defesa e o contraditório.

O contraditório há de ser garantido durante todo o processo de forma efetiva, e não meramente formal. Por sua proeminência, uma lei do *habeas corpus* não deve apenas garantir ação e possibilidade de reação das partes. De acordo com Galvão (2022), este contraditório pode ser concebido num processo individual, por meio de

participação de terceiros diretamente atingidos pelo tema em julgamento, ou coletivamente, por intermédio dos *amici curiae* ou até mesmo em audiências públicas.

Importante lembrar que o artigo 138 do CPC de 2015 previu o *amicus curiae* como uma nova modalidade de intervenção de terceiros, promovendo uma maior aproximação entre a sociedade e o Poder Judiciário. Sua admissão no processo penal é mais que salutar, diante da relevância dos direitos fundamentais envolvidos e da possibilidade de pluralização da discussão.

Nesse sentido Bueno (2017) destaca que a participação de pessoas, órgãos ou entidades que contribuam para a discussão e amadurecimento das teses jurídicas não pode ser entendida como uma faculdade decorrente do sistema judicial, mas sim como uma regra que deve ser observada de forma impositiva pelo julgador, capaz de legitimá-la.

Ainda na linha deste contraditório maximizado, deve-se buscar a realização de audiências públicas para capitalizar os posicionamentos e interesses diversos, proporcionando pluralidade ao debate.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça valeu-se do instrumento ao ouvir manifestações favoráveis e contrárias ao enunciado da súmula n. 231. Em audiência pública, realizada no dia 17 de maio de 2023, integrantes da Terceira Seção da Corte ouviram 44 exposições com a finalidade de decidir pela revisão ou não do tema já estratificado⁸¹.

De acordo com o Ministro Rogério Schietti Cruz, relator dos processos afetados para o julgamento perante o Colegiado, é importante revisitar determinados entendimentos diante da manifesta alteração e evolução da sistemática penal. Somente com a participação efetiva da comunidade jurídica e com o amplo debate será alcançada a legitimidade da decisão que irá reformar ou manter o teor do enunciado sumular.

O magistrado registrou a necessidade de observância dos precedentes firmados pela Corte para que se evitem decisões contraditórias e para que se tenha coerência, estabilidade e previsibilidade. E nesse sentido afirmou que: "Diante dessas

⁸¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/17052023-Audiencia-publica-reune-entidades-para-debater-sumula-que-impede-penas-abaxo-do-minimo-legal.aspx>. Acesso em: 24 mai. 2023.

constatações, tendo como mote os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da proteção da confiança, sugiro que revisitemos o tema sumulado"⁸².

Há de se observar, no entanto, que a abertura do processo e da linha procedimental do *writ* não podem conduzir a uma duração não razoável. É de vital importância observar que as impetrações usualmente batem às portas do Judiciário num quadro de denegação da Justiça, de manifesta inadequação, intempestividade e inefetividade.

Acerca da necessidade de composição entre os princípios do contraditório e da duração razoável do processo, segue a valorosa lição de Galvão (2022):

para que haja harmonia entre as duas garantias constitucionais (contraditório x duração razoável do processo), é importante estabelecer prazos para que os pedidos de ingresso de amici curiae sejam realizados, bem como definindo o calendário processual no tocante às audiências públicas. Além disto, é possível estabelecer que os prazos para apresentação dos argumentos das partes sejam sucessivos entre requerente/recorrente e requerido/recorrido, mas posterior ao ingresso de todos os amici curiae, evitando-se a abertura de novos prazos para manifestação de todos após cada pedido de ingresso.

Aqui é de extrema relevância pensar que a duração razoável do processo não deve culminar numa aceleração anti-garantista. Uma lei de *habeas corpus* deve promover a abertura da discussão processual de forma equilibrada, participativa, buscando o justo meio entre a via angusta e a alargada.

Noutro ponto, quanto à premente necessidade de publicidade dos atos processuais, a questão do sigilo deve ser mantida e observada. A futura legislação deve estrita observância à preservação da intimidade das partes e, nos casos em que houver a necessidade de decretação deste sigilo, o processo não se prestará à formação de precedentes judiciais tendo em vista a necessidade de abertura do processo, como acima defendido.

Vale registro que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 1610/22⁸³ que altera o Código de Processo Penal visando a criação do *habeas corpus* coletivo.

⁸² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/24032023-Terceira-Secao-vai-rediscutir-possibilidade-de-pena-abaixo-do-minimo-legal--relator-convoca-audiencia-publica.aspx>. Acesso em: 24 mai. 2023.

⁸³ A redação integral do projeto está disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2185086&filename=Tramitacao-PL%201610/2022. Acesso em: 4 mai. 2023.

Na justificativa do projeto consta que a proposta é baseada na necessidade de prestígio de instrumentos coletivos para atender aos vulneráveis e na necessidade de ampliação do espectro do *habeas corpus*.

O autor da proposta destaca a importância da decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 143.641, quando o Supremo Tribunal Federal enfrentou a tese referente à necessidade de concessão de prisão domiciliar às gestantes, puérperas e mães de menores com até 12 anos de idade, sob sua responsabilidade.

A atitude é louvável, mas é necessário primeiro firmar as balizas para a impetração dos *habeas corpus* para depois regulamentar suas variações.

2.5.1 Da insuficiência das propostas regulamentares existentes

Na redação original do anteprojeto de lei apresentado ao Senado Federal que resultou na edição do CPC de 2015 havia previsão específica de aplicação supletiva e subsidiária das regras previstas na legislação civil ao processo penal⁸⁴. No texto aprovado foi suprimida tal previsão⁸⁵.

Uma interpretação meramente literal dos dispositivos contidos no CPC poderia conduzir ao pensamento de que as regras e princípios contidos em seu texto não se projetariam ao processo penal. A conclusão é equivocada.

Inicialmente tem-se que o rol contido no art. 15 do CPC é meramente exemplificativo. Mazzei (2016) lembra que o CPC é a fonte de um processo comum, emanador de uma teoria geral que penetra e interage com toda a legislação orbital, bastando a omissão na legislação externa e a compatibilidade entre as regras a serem aplicadas. Assim, as diretrizes traçadas pela legislação processual civil podem ser aplicadas em todas as searas, por sua universalidade.

Para além ainda se tem que o art. 3º do CPP⁸⁶ faz a previsão expressa no sentido de que a legislação processual penal admite interpretação extensiva e

⁸⁴ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos penais, eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/redacao-final-aprovada-camara.pdf. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁸⁵ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁸⁶ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

aplicação analógica, o que constitui verdadeiro elo de ligação com os demais ramos do direito.

O próprio CPP faz alusão à aplicação do direito processual civil ao penal em alguns dispositivos.⁸⁷ E, no mesmo sentido, tanto o STF quanto o STJ possuem julgados que garantem a aplicação subsidiária do CPC no âmbito processual penal⁸⁸.

Silva (2016) vai além e afirma que ante a densificação de muitos princípios constitucionais de natureza processual, a legislação de ritos civil deve prevalecer também nas hipóteses em que não houver omissão legislativa, mas a sua aplicação resultar numa maior interlocução e alinhamento com o texto constitucional.

Nesse particular defende-se que é contraditório ter um processo civil renovado e altamente constitucionalizado dispondo de maiores garantias que o processo penal.

Sobre o tema, Bedê Júnior (2016) bem assevera que:

Embora prevista em dispositivos do CPC, qualquer garantia relevante deve ser aplicada no processo penal. De fato, é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal. Não que exista hierarquia entre cada ramo do direito, porém não se pode perder de vista que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são, na verdade, heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas

Assim, vê-se que a construção do sistema de precedentes constante do CPC pode ser importada para o âmbito processual penal, com a observância de suas características e peculiaridades.

Tramita no Senado Federal o projeto de Lei n. 432/2016 que propõe a alteração do art. 15 do CPC, para possibilitar sua aplicação no âmbito penal. Distribuído em 26 de novembro de 2016, o projeto teve pouco andamento, e está parado desde novembro de 2021, aguardando a designação de relator⁸⁹.

Está em andamento o projeto de um novo código de processo penal. Iniciado em 2009, no Senado Federal, o PLS 156/09 foi aprovado pelo plenário e remetido à Câmara dos Deputados em 23/11/2011, onde passou a tramitar sob o número PL 8.085/2010⁹⁰.

⁸⁷ É possível citar o art. 139 (que prevê a sujeição ao regime processual civil da administração e depósito dos bens arrestados); art. 362 (previsão de citação por hora certa na forma estabelecida pelo CPC) e art. 790 (execução de sentença penal estrangeira)

⁸⁸ No Supremo Tribunal ver a Ação Penal n. 470 (aplicação do art. 408 do CPC/1973 e a substituição de testemunhas) e no Superior Tribunal de Justiça ver o HC n. 71.614/SP.

⁸⁹ Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127628>. Acesso em: 30 nov. 2022.

⁹⁰ Em consulta ao sítio eletrônico da Câmara dos Deputados foi constatado que o projeto está tramitando e aguarda a criação da comissão especial pela Mesa Diretora (em 5 nov. 2022).

O projeto vem recebendo críticas. René Ariel Dotti (2011) alerta que com o projeto em tramitação o *habeas corpus* sofreu inúmeras restrições e que aspectos essenciais das garantias individuais foram alijados “já que o conceito legal de coação foi reduzido à hipótese de “ameaça” imediata de prisão ou à hipótese de sua consumação”.

O doutrinador prossegue afirmando que numa comparação entre o texto do Anteprojeto (art. 636) e do Código de Processo Penal vigente (art. 648) várias restrições ao conhecimento do *habeas corpus* foram firmadas⁹¹.

O artigo 663 do anteprojeto⁹², por exemplo, faz uma sutil restrição ao cabimento do *writ*. Ao prever que o *habeas corpus* não se presta a garantir o direito de ir e vir, mas sim para garantir a liberdade de locomoção, constata-se uma limitação, já que esta se limita ao movimento corpóreo, ao deslocamento no tempo e espaço, enquanto que aquele é mais amplo, abrangendo ainda a continuidade de suas ações⁹³.

Já o artigo 665⁹⁴ configura um estreitamento na possibilidade de atuação do julgador ao prever a expedição da ordem de *habeas corpus* nos limites de competência, e não de jurisdição, como hoje previsto. A jurisdição, de forma bem rasa, é o poder que Estado detém de dizer o Direito, de aplicar a lei para promover a resolução de conflitos. Já a competência é a delimitação constitucional ou legal desse poder, é a permissão para o exercício de uma fração do poder jurisdicional.

A alteração impede que um juiz ou tribunal que não seja competente para apreciar determinada situação concreta (por uma questão de divisão de competências fixada em lei ou até mesmo nos regimentos internos), conceda a ordem de ofício ao se deparar com uma prisão manifestamente ilegal, por exemplo.

⁹¹ A coação será considerada ilegal, de acordo com o anteprojeto I – “quando não houver justa causa para a prisão ou para a sua decretação”; II – “quando quem ordenar a prisão não tiver competência para fazê-lo”; IV – “quando houver cessado o motivo que autorizou a prisão” (...) VI – “quando o processo a que se refere a prisão ou a sua decretação for manifestamente nulo”; VII – “quando extinta a punibilidade do crime objeto da investigação ou do processo em que se determinou a prisão”; art. 636, parágrafo único: “Não se admitirá o *habeas corpus* nas hipóteses em que seja previsto recurso com efeito suspensivo”.

⁹² Art. 663. Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, ressalvados os casos de punições disciplinares militares.

⁹³ Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-morte-do-habeas-corpus-o-novo-cpp-e-as-10-medidas-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 6 nov. 2022.

⁹⁴ Art. 665. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua competência, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora. Parágrafo único. No exercício de sua competência, poderão, de ofício, expedir ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

O anteprojeto em nada avança quanto ao cabimento e à disciplina legal do *habeas corpus*, representando apenas uma mera reprodução da normatização feita pelo atual CPP com alterações limitativas ao alcance do *writ*.

Noutro eito, em 2020 o Ministério Público Federal lançou uma campanha para a adoção de dez medidas para o combate à corrupção. O item 4 trata da eficiência dos recursos no processo penal.

Dentre as propostas legislativas contidas no anteprojeto de lei está a que “altera os arts. 600, § 4º, 609, 613, 620, 647, 652, 664, todos do Código de Processo Penal e acrescenta o art. 638-A, também ao Código de Processo Penal, no intuito de melhorar a eficiência da Justiça a partir da revisão dos recursos cabíveis”⁹⁵.

Na nova redação proposta para o artigo 647 do CPP⁹⁶ o *Parquet* sugere cinco hipóteses em que a ordem não poderia ser concedida. As hipóteses limitam a efetividade do instituto e representam um retrocesso na tutela das liberdades já que impedem a atuação imediata em casos de verificação de ilegalidade manifesta ou teratologia.

Numa perspectiva bem mais ampliada, recentemente o advogado Alberto Zacharias Toron defendeu a extinção, para a defesa, tanto do recurso especial quanto do recurso extraordinário. O argumento utilizado foi o de que tudo que se questiona nas vias extraordinárias também pode ser discutido em *habeas corpus*⁹⁷.

O criminalista assevera que:

⁹⁵ Disponível em: https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_4_versao-2015-06-25.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022.

⁹⁶ “Art. 647. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal que prejudique diretamente sua liberdade atual de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

§ 1º A ordem de *habeas corpus* não será concedida:

I – de ofício, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

II – em caráter liminar, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente e ainda houver sido trasladado o inteiro teor dos autos ou este houver subido por empréstimo;

III – com supressão de instância;

IV – sem prévia requisição de informações ao promotor natural da instância de origem da ação penal, salvo quando for impetrado para evitar prisão manifestamente ilegal e implicar a soltura imediata do paciente;

V – para discutir nulidade, trancar investigação ou processo criminal em curso, salvo se o paciente estiver preso ou na iminência de o ser e o reconhecimento da nulidade ou da ilegalidade da decisão que deu causa à instauração de investigação ou de processo criminal tenha efeito direto e imediato no direito de ir e vir.

§ 2º O *habeas corpus* não poderá ser utilizado como sucedâneo de recurso, previsto ou não na lei processual penal.” (NR)

⁹⁷ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/364423/criminalista-toron-esclarece-proposta-de-substituir-recursos-por-hc>. Acesso em: 6 nov. 2022.

se alargarmos a compressão dos efeitos das decisões nos habeas corpus, é perfeitamente possível desenvolverem-se os mesmos mecanismos existentes hoje para os recursos especiais e extraordinários, salvo, evidentemente, quando o writ versar sobre a questão da liberdade diretamente atingida, hipótese na qual o remédio heroico deverá ser julgado sem represamento ou qualquer outra delonga. Referi-me apenas aos efeitos, pois, como vimos acima, o manejo do HC permite discutir todas as questões compreendidas pelos recursos de natureza extraordinária.

A proposta é controversa e deve ser estudada levando-se em consideração o acesso aos tribunais superiores e à formação de precedentes qualificados. Vale lembrar que o julgamento de *habeas corpus* não gera recursos repetitivos ou despertam o reconhecimento de repercussão geral.

É indubitoso que o sistema processual penal exige mudanças estruturais para se tornar mais célere e eficiente. No entanto, tais mudanças não podem ser empregadas em prejuízo do indivíduo. É inaceitável suprimir do jurisdicionado o direito de se valer de todos os recursos ao seu alcance e, principalmente, de alijar do sistema recursal os principais instrumentos de acesso às cortes superiores.

Como atualmente impera uma visão mais restritiva quanto ao cabimento do HC, uma eventual extinção de recursos extraordinários poderia limitar ainda mais o acesso ao STJ e ao STF.

Lênio Streck lança o seguinte questionamento acerca do tema em debate:

Mas agora, como ficaria a teoria dos precedentes, por exemplo, se somente houvesse rediscussão de mérito sem os recursos especial e extraordinário? Como ficaria a questão dos julgamentos repetitivos e da repercussão geral? Quais seriam as incumbências de STJ e STF? Somente analisar HC? Assim, em abstrato, é difícil conceber um modelo nesses moldes [...] ⁹⁸

Pelo até aqui exposto é importante deixar registrado que urge uma ampliação procedimental para o *habeas corpus* e que uma eventual legislação não pode retirar eficácia ou suprimir garantias até então conquistadas.

Barros (2021) lembra que o *habeas corpus* se caracteriza por ser um instituto vivo, em contínua evolução, capaz de gerar as mais elásticas e efetivas respostas às ameaças e violações aos direitos. Como instrumento multifuncional, deve ser dado ao *writ* a máxima amplitude, que não pode ser cerceada com uma novel legislação.

⁹⁸ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-14/alberto-toron-sugere-substituir-recursos-defesa-hc>. Acesso em: 7 nov. 2022.

A experiência argentina pode render valiosas lições no árduo caminhar pela regulamentação do *habeas corpus*.

Criado a partir da jurisprudência da Corte Suprema Argentina, o amparo nacional foi o instrumento criado para defender os direitos fundamentais do cidadão e operacionalizar os direitos previstos na constituição, dando-lhes efetividade e garantindo a própria supremacia do seu texto.

Com o crescimento do amparo, cresceu também a pressão por uma regulamentação do instituto tendo em vista que sua evolução estava sendo trilhada exclusivamente por meio da jurisprudência. Veio à lume a Lei nacional de amparo n. 16.986/66, que configurou verdadeiro instrumento limitador da defesa dos direitos individuais. Morello (1998) lembra que a lei foi apelidada de “lei do desamparo”, e que seus efeitos foram devastadores pois limitaram as possibilidades funcionais de uma proteção direta e plena até então existente.

A regulamentação argentina promoveu uma restrição ao cabimento do amparo criando um sistema obstrutivo e anulatório de garantias. Foi afastado o seu cabimento contra ato de particulares e contra os atos judiciais; tornou-se inadmissível quando a decisão pudesse afetar de forma direta ou indireta a prestação de um serviço público ou atividade essencial estatal; e não se concedia o amparo quando a decisão implicasse na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Tais restrições somente foram contornadas com a reforma de 1993 que promoveu o amparo ao status constitucional, devolvendo sua vocação ampla. Barros (2021) comenta que essa experiência de regulamentação dos instrumentos tuteladores dos direitos fundamentais apresentam riscos e podem viabilizar indesejáveis rupturas e cerceamentos. Destaca que a doutrina argentina já alertava que qualquer lei sobre o tema deveria se restringir à fixação de competências e aos aspectos meramente processuais do amparo, relegando-se ao órgão judicial a análise das matérias que levassem ao julgamento de procedência ou não da matéria de fundo.

Firmadas as linhas acerca do protagonismo que o *habeas corpus* vem ganhando, do crescimento da litigiosidade penal e dos números que permeiam a Justiça brasileira, a relevância da discussão ampliada acerca da observância dos precedentes qualificados ganha robustez.

Uma renovada análise acerca do próprio direito, da arquitetura constitucional e do papel institucional que os julgadores singulares e os Tribunais exercem é

indispensável para viabilizar a superação de um formalismo interpretativo até então vigente.

Nessa toada, surge a importância de analisar os precedentes qualificados diante de uma teoria do direito oxigenada e consentânea com a principiologia penal e processual penal moderna, tema que será explorado no próximo capítulo.

3 – ASPECTOS DA PRINCIPIOLOGIA PENAL E PROCESSUAL PENAL NA TEORIA DE PRECEDENTES QUALIFICADOS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE INTERPRETATIVA

A era das grandes codificações oitocentistas, em que a segurança dos atos da vida regia-se pela legislação escrita foi marcada pela racionalização formal do mundo jurídico e pela concepção de que a gama normativa regulava as relações sociais com coerência e plenitude.

Perpetuou-se a ideia de que a promulgação da lei bastava ao controle social e que a proibição da atividade interpretativa por parte dos juízes teria o condão de garantir imparcialidade e neutralidade.

Neste período, conhecido como o positivismo exegético, vigorou uma solução meramente formalista da interpretação judicial onde era vedado ao juiz qualquer atividade criativa, limitando-se a descobrir e declarar o direito previamente criado pelo parlamento.

Ao julgador era permitido apenas a declaração do preceito normativo já preexistente e sua aplicação ao caso em julgamento de forma acrítica, o que possibilitou a utilização da própria norma para excluir ou fragilizar os valores que primariamente deveria tutelar.

O pragmatismo jurídico foi se esvaindo ao longo das duas grandes guerras mundiais e com a ascensão de novos direitos materiais (tais como os sociais, coletivos, ambientais, dentre outros). O Estado passou a regular as questões de impacto social, afastando-se cada vez mais da tábua de valores idealizada pela burguesia liberal. A plenitude da lei não mais atendia à solução das controvérsias.

A nova perspectiva histórica, calcada na valorização da pessoa humana tornou o campo fértil para o reconhecimento dos princípios gerais no sistema jurídico, o surgimento das leis especiais e a constitucionalização dos direitos, marcando o declínio do estilo legislativo das grandes codificações⁹⁹.

O Estado Constitucional de Direito (consolidado com a promulgação da Constituição de 1988) também inaugurou um novo paradigma que reconheceu a complexidade do discurso jurídico e buscou garantir e efetivar os direitos

⁹⁹ Essa realidade foi observada entre as duas grandes guerras mundiais na Europa. No Brasil o fenômeno começou a ser observado a partir da década de 1950.

fundamentais através da adoção de outras fontes para a entrega de uma justa resolução do conflito à sociedade.

O fundamento de validade de todo arcabouço legislativo passou a depender da compatibilidade material com o texto constitucional momento em que foi inaugurado um potente mecanismo de tutela dos direitos fundamentais, inclusive em face do legislador¹⁰⁰.

A Constituição passou a ter força normativa bem como se desenvolveu uma dogmática mais fluida e aberta, fundada em princípios.

Ganhou corpo o pós positivismo que impôs uma nova forma de pensar no discurso jurídico. Como lembra Barroso (2007), o direito posto não ficou desprezado, mas a interpretação e a aplicação da norma passaram a ser pautadas por uma teoria de justiça que não se compatibiliza com voluntarismos judiciais.

A interpretação mais aberta e elástica, consentânea com o texto constitucional e com a busca de seus valores, trouxe a possibilidade de correção do conteúdo normativo alterando o foco para quem interpreta e aplica a norma, o que fortaleceu de forma significativa o papel do Poder Judiciário no Estado moderno.

Surgiram os microssistemas legislativos, que, nas palavras de Zaneti Jr. (2021), “são autônomos em relação ao direito previsto nos códigos e estes deixam de ser o direito comum”. Tais diplomas emergiram com a potencialidade adaptativa aos direitos garantistas e como vias de concretização das vontades constitucionais.

A chamada descodificação imprimiu um novo estilo legislativo, pautado nas cláusulas gerais e na quebra de centralidade dos Códigos, também verificada na esfera penal¹⁰¹. Assim, o devido processo penal moderno deve obediência aos mais variados princípios, sempre buscando garantir o equilíbrio entre o direito de punir estatal e os direitos fundamentais do indivíduo.

Há de se ter em mente, no entanto, que sob o ponto de vista das garantias individuais e da própria cultura jurídica, a quebra de centralidade do Código Penal e Processual Penal não pode ser vista sob o mesmo prisma da legislação civil.

¹⁰⁰ No particular vale dizer que cabe ao juiz, mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de nulidade sem redução do texto, o poder de conferir à lei sentido diverso do dado pelo legislador

¹⁰¹ Como alerta Zaneti Jr. (2021), a descodificação penal deve ser entendida de acordo com suas peculiaridades e tem fundamento diverso da civil. Nesta a produção legislativa observa as dinâmicas sociais espontâneas, naquela, caracterizou-se o “uso político, conjuntural, da legislação penal para fins demagógicos”.

A adaptação da legislação penal à era da descodificação opera com uma lógica diversa e não pode representar uma forma de submissão da cultura penal à civil. Como vaticina Ferrajoli (2008) a questão central a ser considerada aqui é a da autonomia no que diz respeito à legalidade. Enquanto na esfera civil a legalidade assume o papel de limite jurídico à autonomia para a negociação privada, de promoção de comportamentos em conformidade com dos direitos fundamentais; na penal a legalidade talha o limite jurídico do direito punitivo estatal. A lei penal é freio inibitório para a atuação do Estado e não para o cidadão.

A legalidade penal deve ser encarada como um limite às autoridades públicas, policiais e judiciais sempre em favor da garantia das liberdades do cidadão.

A realização da Justiça Penal deve obrigatoriamente ser pautada pela igualdade material entre as partes litigantes e pela busca incessante por uma entrega jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. Nesse particular muitos questionamentos surgiram em torno da adoção de precedentes qualificados no âmbito penal, em especial aqueles que alertaram para uma eventual vulneração dos princípios e garantias que tutelam a liberdade do indivíduo.

No Brasil a legalidade é uma garantia tanto do direito material quanto do processual. No entanto, todo texto legal deve ser interpretado e devem existir limites claros e definidos à atividade hermenêutica. Um adequado sistema de precedentes tem o condão de dar maior clareza ao sentido da norma garantindo estabilidade e coerência às decisões judiciais e também de garantir que os direitos fundamentais ligados à liberdade do indivíduo sejam observados com maior rigor.

3.1 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS E SUA COMPATIBILIDADE COM UMA TEORIA DE PRECEDENTES

Se por um lado a descodificação promoveu a abertura da legislação às cláusulas gerais, por outro gerou uma indevida inflação legislativa. Na seara penal observou-se a produção de inúmeras leis que não conseguiram resolver os problemas emergentes ligados ao controle da violência e das tensões sociais o que configurou um verdadeiro afastamento das finalidades preventiva e protetiva próprias do direito penal. O chamado Direito Penal de Emergência ganhou força atraindo uma função simbólica e promocional de um estado de insegurança social.

A superação do formalismo interpretativo criou um vácuo teórico quanto à concepção da jurisdição isso porque o limite objetivo que condicionava a atuação dos julgadores foi perdido, de certa forma.

A legislação penal viveu um momento de hipertrofia com a criação de novos tipos¹⁰² e com o agravamento das sanções corpóreas¹⁰³. Seu efeito deletério foi o de delegar aos magistrados uma certa liberdade legislativa além de possibilitar a aplicação de entendimentos isolados e particularizados decorrentes do ato interpretativo, o que culminou em verdadeiro arbítrio.

Diante da fluidez do direito, o Poder Judiciário vem assumindo indevidamente uma função que devia ser exercida pelos poderes políticos. A incapacidade de decidir da área política vem sendo suprida pela magistratura, que se vale de um processo de tomada de decisões (*decision making*) que vem causando insegurança jurídica e instabilidade.

A ausência de previsibilidade e isonomia das decisões judiciais vem impondo a adoção de medidas mais estruturantes para atingir certo grau de aperfeiçoamento, uniformização e estabilização da jurisprudência nacional.

No que toca aos princípios envolvidos no Direito Penal e no Processual Penal, deve o Estado garantir que a persecução penal marche sempre em consonância com as lições garantistas. O poder punitivo estatal não pode ser eivado por arbitrariedades e nem sofrer uma indevida hipertrofia.

Conforme a lição de Wambier (2012), a certeza é essencial em alguns ramos do direito. Para fugir dessa insegurança e falta de coerência nas decisões a adoção de precedentes qualificados no processo penal pode garantir a aplicação da pena justa e certa ao cidadão.

A atividade interpretativa na esfera penal é inevitável, porém deve ser feita com cautela e de forma muito clara e precisa. Um modelo de precedentes nacional não se coaduna com a criação de normas penais incriminadoras pelo juiz, não se compatibiliza com o abandono do princípio da legalidade. A adoção de uma teoria de precedentes brasileira se afasta da ideia de uma jurisdição penal criativa de delitos e

¹⁰² mais fluidos e excessivamente abertos contendo cláusulas por demais gerais e conceitos jurídicos altamente indeterminados

¹⁰³ Hassemer (2008) alerta que esse Direito “marca um Direito Penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma necessidade de ação. Trata-se de um fenômeno de crise da política criminal moderna orientada para as consequências”.

penas confiada aos magistrados. Contrariamente, este modelo deve garantir o conhecimento prévio das partes acerca do conteúdo do direito material e processual e deve também ser limitante para a criatividade judicial, incentivando a prática mais cognitiva e menos voluntarista.

Um sistema de precedentes exige a racionalidade das decisões e sua previsibilidade, o que garante uma maior vinculação dos julgadores ao próprio direito reforçando as normas de garantia previstas no texto constitucional.

O ato interpretativo por parte do julgador é absolutamente legítimo. O texto legal não é unívoco e não há como resolver o caso concreto sem esta atividade. O que deve ser combatido é a interferência dos juízes naquilo que é reservado ao legislador.

Deve-se reforçar que os precedentes não tem o condão de criar tipos penais. O adágio do *nullum crimen, nulla poena, sine lege* deve permanecer hígido num sistema de precedentes nacional. A elaboração de normas incriminadoras e das respectivas sanções é matéria reservada à lei, e não à atividade judicial, conforme já dito em linhas pretéritas.

A legalidade é uma garantia fundamental que deve ser observada no processo penal, mas será de pouca valia se aos juízes ou tribunais for conferida plena liberdade para fixar o sentido e o conteúdo das normas. Como alerta Marinoni (2016), de nada adianta haver estabilidade na legislação se há intensa alternância nas decisões judiciais.

A segurança jurídica decorre não somente da existência de uma pletera legislativa, mas também da unidade de sentido dada à norma que delas derivam.

Mas deve-se registrar que a analogia, a criação e a atividade hermenêutica são diferentes. Os precedentes criminais jamais poderão implicar em analogia contra o réu (*in malam partem*) já que a exigência de lei prévia e estrita impede sua aplicação no ramo criminal. No entanto, a vedação à analogia não impede a interpretação da norma pelo aplicador do direito. A passagem do momento legislativo, de criação dos tipos penais e das leis, para o momento de sua aplicação deve ser dotada da maior segurança jurídica, que pode ser assegurada pela correta adoção de uma teoria de precedentes conferidora de mais força à norma penal, garantidora de clareza de sentido e estabilidade e coerência.

3.1.1 Os precedentes qualificados e um novo entendimento acerca da Teoria do Direito e do princípio da legalidade

Conforme dito em linhas volvidas, o pós-positivismo inaugurou um novo momento da teoria do direito ao reconhecer a complexidade do discurso jurídico e caminhar no sentido de insuficiência da adstrição ao texto da lei.

A superação da visão de que a aplicação do direito se resume a uma mera atividade cognitivo-formalista (formalismo jurídico) fez com que a base de justificação da interpretação jurídica fosse ampliada.

A força normativa da Constituição trouxe uma nova leitura acerca da teoria das normas dotando os princípios de normatividade e trazendo novas técnicas legislativas pautadas nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados.

Essas mudanças inauguraram vários movimentos pela recepção, mesmo que mitigada, do *stare decisis*, trazendo novas perspectivas acerca do papel das decisões judiciais nas fontes do direito¹⁰⁴.

Somado a isso, a evolução da teoria da interpretação desenvolveu a ideia de diferença entre o texto e a norma, o que modificou a relação entre a própria lei e a atividade interpretativa, que ganhou um lugar de nítido destaque. Corolário de tal evolução é que o texto legal se torna o ponto de partida da atividade interpretativa e a norma é o seu resultado, com um conteúdo reconstruído.

Norma não se confunde com o texto ou o conjunto de textos normativos. Ela é fruto da interpretação feita de forma sistemática. Daí a afirmação de Ávila (2014) no sentido de que “os dispositivos se constituem objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado”.

A evolução notada na teoria da interpretação é medular para a compreensão contemporânea do direito. Texto e norma já não se confundem. É inegável a porosidade do direito¹⁰⁵. A norma surge do significado atribuído a uma ou várias disposições legais após a sua devida individuação e fundamentação¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cita-se como exemplo a previsão das súmulas vinculantes pela emenda constitucional n. 45/2004. Vê-se, também, que o art. 927 do CPC/2015 representa uma maturação desse processo gradual de recepção do *stare decisis* e firma um novo entendimento acerca da teoria da interpretação e uma significativa evolução da teoria do direito, distanciando-se cada vez mais do caráter meramente persuasivo da jurisprudência.

¹⁰⁵ Nas palavras de H. L. A. Hart (2007), “*the open texture of the law*”.

¹⁰⁶ Nesse sentido, a lição esclarecedora de Queiroz (2002) para quem a teoria da norma parte da premissa básica de que a norma não se confunde com o texto legal e se apresenta como o resultado de um trabalho de construção, que é designado de concretização. Segue a autora explicando que o

Sendo a norma o resultado da interpretação, abre-se espaço para entender que a decisão judicial não pode ser vista apenas como um meio para a solução de um determinado caso concreto, ela também tem o condão de promover a unidade do direito na medida em que reduz a indeterminação do discurso jurídico.

Deve-se atentar para o fato de que as diretivas interpretativas devem ser inseridas num contexto funcional, que abarque uma análise econômica, cultura, política e social dotada de racionalidade (que aqui confunde-se com universalidade, ou seja, com a necessidade de que um argumento interpretativo sustente um resultado igual em outros casos semelhantes, com narrativas análogas).

Aqui não se deseja um crescimento exagerado de normas jurídicas aplicáveis para um mesmo caso. O que se busca é a fixação de uma norma jurídica que tenha aplicação geral diante de circunstâncias que guardem similitude. Judith Martins-Costa (1998) esclarece que esse alcance para além do caso concreto ocorre por conta da reafirmação da *ratio decidendi* dos julgados que ocorre com a reiteração dos processos o que revela não somente a cláusula geral, mas também a dimensão de sua normatividade.

A correta compreensão no sentido de que o julgador, através da atividade interpretativa, apenas acrescenta o conteúdo reconstruído do texto legal ao ordenamento jurídico vigente é vital para refutar a alegação de que o Poder Judiciário estaria legislando num modelo de precedentes.

Vale lembrar que o direito processual brasileiro moderno combina elementos tanto do *civil law* quanto do *common law* o que resulta em um sistema peculiar. Mesmo com a alteração levada a efeito pelo CPC/2015 não se pode afirmar que foi adotado um modelo de precedentes puro já que é a própria lei que serve de fundamento e confere validade ao precedente. O seu valor é dado pelo Legislativo, com a atuação colaborativa do Judiciário, em um movimento circular, de forma contrária ao observado no *common law*, em que a autoridade do precedente é reconhecida por si só, independentemente de qualquer previsão ou intermediação legal¹⁰⁷.

julgador não se limita a aplicar de forma automática a norma a um caso particular, aqui ele exerce uma verdadeira liberdade de opção (*discretion*) que revela a verdadeira decisão. Como o texto pode comportar vários significados (plurissignificativdade) é tarefa do intérprete escolher dentre os vários significados a norma que será aplicada. É essa escolha que define a atividade de interpretação. Isso leva necessariamente a uma interpretação integrativa do texto da esquadra de uma teoria da norma para o caso particular.

¹⁰⁷ Strätz (2016) defende que as decisões com previsão vinculante tecnicamente não se enquadram na noção de precedente existente na *common law* já que na noção anglo-saxônica um precedente possui

A situação não revela qualquer violação ao princípio da separação dos poderes ou ao pacto federativo já que a criação do texto legal, de forma geral e abstrata, continua na competência do Poder Legislativo, que atuará em conformidade com a sua discricionariedade estrutural e material.

Já a tarefa de reconstrução do texto legal, que será feita de forma geral e no caso concreto, é tarefa afeta ao julgador, que ressignifica os textos de acordo com os mandamentos constitucionais, a legislação vigente e a tradição jurídica. Um modelo de precedentes não se conforma com a introdução de normas gerais e abstratas, equivalentes às leis, no ordenamento jurídico^{108/109}. Buscando a racionalidade do sistema, procura-se a vinculação da solução jurídica dada pelo órgão competente (no caso as Cortes interpretativas) às circunstâncias fáticas de outros casos concretos futuros. O precedente é assim, a norma geral e concreta, e não a norma geral e abstrata, como nos lembra Zaneti Jr. (2021).

O compromisso de dar coerência e integridade ao ordenamento jurídico harmoniza a convivência de dois tipos de discurso produzidos pela decisão judicial: o do caso concreto, que resolve o litígio para as partes envolvidas; e o do precedente, que busca a unidade o direito.

Assim, mesmo no sistema do *civil law*, não há qualquer violação ou afronta ao princípio da legalidade já que este deve ser compreendido não apenas como a conformidade com o texto da lei em sentido estrito, mas como a conformidade com

força obrigatória a partir de sua autoridade argumentativa, e no Brasil alguns pronunciamentos só possuem autoridade porque a lei assim prevê.

¹⁰⁸ Merece registro que sequer no âmbito do *common law* há unanimidade acerca do papel do juiz como um criador do direito positivo. Defendendo uma teoria declaratória da jurisdição, William Blackstone, em seu *Commentaries on the laws of England* (1765-1769), afirmava que o juiz em sua atividade apenas declarava o direito já prescrito no *common law* e na aplicação dos precedentes o julgador limitava-se à manutenção ou declaração de um direito já estabelecido.

Vieram as críticas de Austin e Bentham que firmaram a teoria constitutiva da jurisdição segundo a qual o direito seria criado pelos magistrados, já que dotados do chamado *law-making authority*. Os precedentes significariam, portanto, a criação do direito e não sua mera descoberta.

Tornou-se célebre a metáfora feita por Bentham ao dizer que a teoria declaratória funcionaria como um método para o treinamento de cachorros, que o magistrado seria não mais que um *dog law*. Gerald Postema (2002) assim reproduz a metáfora: “*When your dog does anything you want to break him of, you wait til lhe does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and for me. They won’t tell a man beforehand what it he should not do (...) they lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it (Bowring v, 235)*”.

¹⁰⁹ Modernamente o debate foi retomado pelas lições de Hart e Dworkin. O primeiro defende o papel criativo ao afirmar que o juiz cria o direito na falta de regra se se aplique ao caso em julgamento. O segundo estatui que mesmo diante dos chamados *hard cases*, cabe ao juiz descobrir o direito a ser aplicado e não inventa novos direitos para serem aplicados de forma retroativa. Aqui na falta de regra específica para o caso, deve o julgador buscar o direito aplicável a partir dos princípios.

todo o ordenamento jurídico. Numa atividade cognitiva o juiz partirá do texto legal para construir o precedente. A lei será, portanto, o primeiro limite à atividade criativa do julgador.

O ponto nodal da discussão é a proposta de releitura acerca do princípio da legalidade e não seu abandono já que tal princípio está contido na essência da própria juridicidade. O paradigma da legalidade na atualidade migrou para o da constitucionalidade o que exige um dever de fundamentação da decisão judicial que extrapola os meros limites do livre convencimento.

Assim, nessa perspectiva renovada, o princípio da legalidade traz em si um dever de integridade e coerência no ato da tomada de decisão por parte do julgador funcionando como uma barreira natural para eventuais posturas voluntaristas e discricionárias.

Ampliar o espectro da legalidade formal para a juridicidade reforça o dever que os juízes tem de aplicar a lei, sem que, no entanto, tenham o impulso de corrigi-la de acordo com sua moral.

É cediço que nenhum princípio é absoluto no ordenamento. Todos devem coexistir e guardar harmonia entre si. Foi o próprio legislador quem instituiu o sistema de precedentes na legislação processual. Verificado um eventual conflito entre princípios, não deve ser dada supervalorização ao da legalidade de forma isolada.

A uniformização vinculante dos precedentes privilegia também a segurança jurídica, a igualdade e a duração razoável do processo além de garantir unidade e coerência ao ordenamento. Por essa razão, Theodoro Júnior (2018) afirma que:

a uniformização da jurisprudência através do mecanismo dos precedentes, relaciona-se, em última análise, com a própria ideia de justiça, que, ao lado da segurança e da igualdade, constituem valores supremos do Estado Democrático de Direito constituído pela Constituição de 1988 (CF, preâmbulo e art. 5º, caput).

A decisão judicial representa a continuidade do processo de criação jurídica e possui nitidamente um papel de complementação do Direito. É possível a verificação de uma atividade coprodutiva em que o legislador cria as normas gerais e o magistrado cria a norma individual, com base no ordenamento vigente e os dados do caso concreto, para resolver determinado litígio.

E mais, conforme defende Zaneti Jr. (2021):

O ideal, mesmo na ineliminável atividade interpretativa, é que o legislador legisle sobre a matéria decorrente dos precedentes e complete o sistema. Há, portanto, uma circularidade: o

legislador estabelece o texto legal, os juízes e tribunais o interpretam, o legislador integra o texto legal com a interpretação fixada pelos tribunais (condições ideais de institucionalização).

Nessa nova visão acerca do direito jurisprudencial e dos próprios precedentes vinculantes, reconhece-se que o direito é obra humana que nunca está acabada, está sendo criado e recriado de forma constante.

Quando o juiz interpreta o texto legal, ele valora e opta entre as possibilidades interpretativas que se abrem fazendo com que a norma não seja meramente a descoberta do texto legal, mas sim a derivação da interpretação levada a efeito. E vale registrar que a atividade ponderativa do magistrado deve guardar sincronia com a proporcionalidade legislativa, para evitar o desequilíbrio entre os poderes.

Equivoca-se quem pensa que a visão exclusivamente jurisprudencial do direito é capaz de eliminar todos os problemas da ordem jurídica. E equivoca-se, também, quem pensa que a produção legislativa é baixa nos países do *common law*, o que força a atividade criativa dos juízes. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, a atividade do parlamento é bastante intensa¹¹⁰.

A construção de uma teoria de precedentes, portanto, não está ligada a um sistema de natureza eminentemente criativa pelo julgador. A vinculação das decisões das Cortes Supremas é uma decorrência natural da função judicial de conferir unidade ao direito e preservar a segurança e a igualdade jurídica. Essa atividade unitária e de desenvolvimento do direito também impõe o dever de revogação dos precedentes superados.

A modernidade do direito reside então na busca de fundamento das leis na ordem constitucional e na posterior interpretação judicial que efetive esta atividade

¹¹⁰ Em um estudo comparativo sobre a produção legislativa e a remuneração parlamentar em países selecionados da Europa, América do Norte e América Latina, feito pelo consultor legislativo Ricardo José Pereira Rodrigues, chegou-se à seguinte conclusão: “*Semelhantemente ao que ocorre no Brasil, o parlamento americano apresenta um elevado volume de atividade, com índices anuais de apresentação de projetos equivalentes aos índices produzidos pelo Bundestag alemão em mais de quarenta anos. Mas, deve-se ter em mente que os Estados Unidos adotam o sistema presidencialista de governo enquanto a Alemanha adota o sistema parlamentarista. Nos Estados Unidos, como no Brasil, o parlamentar atua independentemente do partido. Para o deputado americano, o importante é defender os interesses do eleitor de seu distrito eleitoral e não necessariamente seguir a linha do partido. O resultado é uma verdadeira inflação de projetos de lei, muitos redundantes que são incorporados a outros ou nunca chegam a ser apreciados em comissão. De fato, se nos Estados Unidos o volume de projetos apresentados é alto, não se pode dizer o mesmo da proporção de projetos aprovados. Em 1995, por exemplo, esta proporção mal chegou a 2%. A média entre 1968 e 1989, variou, segundo Figueiredo e Limongi, entre 3,5% e 6,3%. Na década mais recente, a proporção de projetos aprovados ficou, na média, em 5,4%.*”. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1429/estudo_comparativo_rodrigues.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 19 fev. 2023.

integrativa entre a lei e a Constituição. Daí a relevância da construção de limites claros e vínculos objetivos para a atividade interpretativa.

É exatamente nessa atividade interpretativa e criativa do magistrado que uma teoria de precedentes bem estruturada ganha relevo.

As normas criadas a partir da atividade interpretativa constituem inegável fonte do Direito e passam a ter os atributos de generalidade, impessoalidade e abstração estando aptas à aplicação em todos os demais casos que se assemelhem ao caso julgado.

Essa função paradigmática dos precedentes deve servir de modelo ao próprio Poder Judiciário, aos demais órgãos da Administração Pública e também para toda a sociedade.

Importante lembrar que tal norma não é criada de forma original pelo Poder Judiciário. Os precedentes qualificados constituem norma criada a partir da atividade interpretativa do julgador tendo por base as balizas firmadas pelo texto geral elaborado pelo Poder Legislativo¹¹¹. Aqui é a própria lei que fundamenta o precedente, e não os costumes judiciais, como no *common law*. É na própria lei que se deve buscar os princípios e regras que irão orientar a sua interpretação e integração.

Essa atividade produtora da norma privilegia tanto o princípio da legalidade quanto o da isonomia na medida que a tarefa de dizer o Direito deixa de ser díspar e dotada de alta subjetividade. A certeza do Direito extrapola aquilo que está escrito no texto legal (*law in the books*) para se adaptar à dinamicidade e pluralidade das relações sociais (*law in action*).

¹¹¹ Nesse mesmo pensamento a importante lição de BARROSO e MELLO (2019) no sentido de que a atividade criativa do juiz não o equipara ao legislador: “Afirma-se, igualmente, que as decisões aditivas e substitutivas correspondem à produção de norma geral pelo Judiciário, equiparável a uma lei. Ainda que a parte ablativa da decisão pudesse configurar mera atuação como legislador negativo, amplamente aceita pela doutrina, a parte reconstrutiva de tais decisões, que adiciona ou substitui conteúdos, configuraria inequívoca atuação como legislador positivo. Haveria, nesse caso, usurpação dos poderes do Legislativo, violação ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da legalidade. Esses argumentos são rebatidos pela alegação de que, ainda que o Judiciário inove ao proferir decisões manipulativas, o conteúdo decorrente da componente reconstrutiva da decisão deve sempre equivaler à única solução constitucional possível. O juiz não produz um ato puro de vontade, tal como faria o legislador, mas explicita uma solução que já estava imanente no sistema. Essa atuação se dá dentro dos limites do exercício da jurisdição: depende de provocação por aqueles que detenham legitimidade para tal, tem por limite os termos em que a demanda é formulada e seu alcance e segue um processo em que se observam contraditório, ampla defesa e devido processo legal. A decisão deve ser fundamentada e, ao se desincumbir de tal fundamentação, o magistrado tem um ônus reforçado de demonstrar a existência de uma resposta obrigatória à luz da constituição. A constituição, a seu turno, também é lei, inclusive de hierarquia superior, razão pela qual uma decisão proferida com base nela não pode ser considerada, tampouco, como violadora do princípio da legalidade. Por outro lado, argumenta-se, o juiz, uma vez provocado, e diante de uma violação constitucional, ainda que por omissão, não pode pronunciar um *non liquet*”.

A aplicação igualitária e unitária da norma, tratando os casos semelhantes de forma também semelhante (*treat like cases alike*), tem o condão de engrandecer o Poder Judiciário e fortalecer sua legitimidade democrática perante a sociedade.

Deve-se deixar claro aqui que a observância da *law in action* não pode se dar de forma brusca e sem a devida maturação. As mudanças de orientação devem ser feitas de forma gradual e devem corresponder concretamente às necessidades de adaptação do direito às mudanças sociais e de forma alguma devem refletir a mudança de opinião do julgador ou a alteração na composição dos Tribunais.

O princípio da legalidade concretiza-se de modo sincronizado com o princípio igualdade já que todos serão iguais perante o ordenamento jurídico (perante o direito) apenas se a lei for interpretada e aplicada de forma equânime.

Ademais, uma interpretação que conduz à unidade do ordenamento também conduz à sua previsibilidade, um dos atributos da segurança jurídica.

Estruturar uma teoria de precedentes no âmbito penal significa reforçar o garantismo e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade através da certeza na aplicação da pena e na sua igualdade, tornando-a mais condizente com os seus fins sociais.

3.1.2 Igualdade, independência e outros princípios

O modelo individualista de processo vigente na década de 1970 do século passado não conseguiu atender às expectativas dos jurisdicionados tampouco acompanhou o aumento da litigiosidade tanto na esfera civil quanto na penal.

Também o modelo criado para fazer frente às demandas coletivas (lei de ação popular, lei de ação civil pública, código de defesa do consumidor, dentre outros) falhou em garantir uma resolução democrática, uniforme e em tempo razoável para os litígios.

A jurisdição não conseguiu trilhar o espírito de garantir isonomia no tratamento jurídico em suas três dimensões¹¹²: igualdade ao processo (entendida como direito de acesso à justiça); igualdade no processo (entendida como direito a um contraditório efetivo e substancial, com real poder de influência no julgamento, e na paridade de

¹¹² Fala-se aqui das ondas renovatórias de Cappelletti e Garth

armas); e igualdade pelo processo (entendida como o direito de receber uma tutela igual à dada anteriormente em casos semelhantes).

O direito ao tratamento igualitário é assegurado no texto constitucional desde seu preâmbulo¹¹³. Dessa forma, o princípio da igualdade norteia a elaboração e a aplicação de todas as normas jurídicas.

Ao prever que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o constituinte dirigiu-se ao legislador, proibindo que o texto legal surgisse como fonte de diferenciação entre aqueles que se encontram na mesma situação, e também se voltou ao intérprete, garantindo que a concretização das normas jurídicas ocorra de forma igualitária nos casos semelhantes.

Com base nessa premissa, compete aos juízes e tribunais reunir esforços para a aplicação concreta da lei de forma semelhante. Nesse particular, deve a decisão judicial ser o resultado de um sistema de distribuição de justiça coerente, estável e uniforme, pautado em critérios razoáveis, objetivos e universais.

Se há uma definição acerca da aplicação e da extensão de um direito fundamental, sobre o significado contido em determinada norma, estas conclusões devem ser aplicadas a todos, de forma igualitária, inclusiva e indistinta.

A uniformidade na aplicação e na interpretação da lei é fundamental para o Estado Democrático e para a manutenção das instituições já que trilha o caminho em direção à clareza acerca do conteúdo da norma e viabiliza que os casos análogos recebam o mesmo tratamento.

Ela dá espaço ao reconhecimento do princípio da universalidade que deve permear a atividade jurisdicional. A recepção analógica para o futuro das teses firmadas em um caso concreto que transcendem o individual e são substancialmente iguais garantem a qualidade da Justiça tanto sob o aspecto formal quanto o material.

Diz-se, assim, que uma decisão judicial será legítima numa teoria de precedentes se tiver a aptidão para resolver casos similares do mesmo modo, o que

¹¹³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

garante inegavelmente imparcialidade e universabilidade, como fator viabilizador de racionalidade do sistema.

Conforme alerta Marinoni (2019), “uma decisão aplicável a todos os casos dotados das mesmas características é como uma norma legal que, sem distinção, regula todas as situações que guardam as mesmas particularidades”.

Ademais, a garantia de igualdade reflete em outra garantia fundamental à entrega de uma tutela judicial materialmente adequada: a imparcialidade. Ao analisar cada caso concreto de forma individual o magistrado deve dar tratamento idêntico aos casos semelhantes, sempre observando o que foi fixado nos precedentes já formados, o que afasta as disparidades de tratamento muitas vezes conferidas pelos julgadores e pelos tribunais.

A adoção de precedentes qualificados também tem o condão de trazer cooperação ao processo. Tucci (2012) destaca que a criação de precedentes decorre da discussão das questões fáticas e jurídicas pelas partes envolvidas no processo e isso faz com a que a jurisprudência seja fruto do esforço comum dos juízes, advogados, partes e Ministério Público. Essa é uma garantia ligada ao princípio do contraditório, viabilizador da paridade de armas e do poder real de influência no resultado do processo decorrente da efetiva informação, ação e reação.

Diante desse novo panorama, dessa evolução do direito, mais colaborativo e tendente à implementação de uma ordem jurídica responsável, os advogados tem papel de muita relevância. Conforme muito bem dito por Tucci (2012) “quantas vezes estas inovações, cuja paternidade é atribuída aos tribunais, foram sugeridas nos arrazoados.”.

Há de se adotar um modelo participativo de processo no qual tanto a acusação quanto a defesa tenham direito de efetiva influência e garantia de não surpresa na marcha processual. A extração da *ratio decidendi* deve ser amadurecida, discutida e nunca pode representar uma situação vulneração dos princípios mais comezinhos do direito penal.

Outra questão relevante surge já que muitas vezes encobertos pelo princípio do livre convencimento motivado¹¹⁴ e da independência, os magistrados proferem

¹¹⁴ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

decisões demasiadamente individualizadas e casuísticas, sem a adoção de critérios decisórios razoáveis, o que causa verdadeira situação de insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Os que criticam a adoção de precedentes qualificados afirmam que tal sistema na verdade pressupõe uma aplicação meramente utilitarista do Direito, com a observância obrigatória do entendimento exarado pelos tribunais retirando do juiz a possibilidade de decisão de acordo com o seu posicionamento pessoal.

Defendem que o texto constitucional é expresso ao exigir vinculação do julgador apenas nos casos de existência de súmulas vinculantes e para fazer valer as decisões prolatas em controle concentrado de constitucionalidade. Fora dessa esquadra, o julgador deveria ter liberdade ampla para aplicar a legislação e fazer um juízo de valor acerca da aplicabilidade ou não da jurisprudência emanada dos Tribunais, com valor meramente persuasivo¹¹⁵. Streck (2016), por exemplo, aduz que o magistrado passaria a ser um mero “boca dos tribunais”.

No entanto, é importante esclarecer que de acordo com Sampaio (2007), a independência conferida ao julgador diz respeito à garantia de tomada de decisão livre de pressões ou de influência dos órgãos superiores. É, portanto, uma garantia que protege os juízes da política e não de enquadrar-se na cadeia institucional do Poder Judiciário e submeter-se às competências e atribuições conferidas pelo próprio texto constitucional¹¹⁶.

A independência dos juízes é garantida no texto constitucional e diz respeito à sua atividade jurisdicional. De acordo com o art. 95 da Constituição, a independência funcional do juiz abarca as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Proferir julgamentos de acordo com a previsão legal e com as teses firmadas nos precedentes qualificados não abala suas garantias. Contrariamente, a análise de adequação do caso concreto ao definido no precedente cria em favor do julgador um ônus argumentativo para avaliar sua aplicabilidade ou afastamento.

A adoção do precedente exige do julgador uma análise de subsunção e de adequação do caso concreto à tese firmada pelo tribunal através de um cotejo

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

¹¹⁵ Conferir também: CAMINKER, Evan H. Why must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents? *Stanford Law Review*, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994. p.820.

¹¹⁶ No mesmo sentido a lição de Santos (2012): “Num regime democrático, constitucional e com instituições consolidadas, pretender que a sua interpretação pessoal prevaleça contra o entendimento consolidado da maioria, essa sim é postura que flerta com a arbitrariedade”.

analítico. Conforme alerta Macêdo (2019), pode o juiz adotar o precedente naquele caso em julgamento e ir além, expondo as deficiências e eventuais falhas no entendimento, construindo o que se chama de “concordância crítica”.

Há de se notar, também, que a observância aos precedentes reside no campo da interpretação da lei, na necessidade de uniformização, e não tem o condão de interferir na forma de apreciação das provas pelo julgador. A atividade interpretativa é preservada já que nos termos do art. 498, §1º, VI do CPC, cabe ao juiz fazer a análise acerca de eventual distinção (*distinguishing*) ou superação do entendimento invocado pela parte (*overruling*).

Santos (2012) alerta que apesar de não formarem precedentes qualificados, os juízes de primeiro grau têm papel de grande relevância e que suas decisões formam mandamentos não apenas para as partes, mas também para a sociedade em geral, o que agiganta a necessidade de padronização de entendimentos.

Submeter-se à autoridade dos precedentes não retira a importância das instâncias ordinárias e decorre da própria vontade constitucional, esquematizada na organização judiciária prevista no texto.

Conforme será demonstrado, o precedente constitui fonte primária do Direito, conferindo-lhe unidade, liberdade e isonomia. O julgador que nega a autoridade do precedente está em verdade negando o próprio ordenamento jurídico e a sua densificação.

Por determinação constitucional (em especial por força do art. 105) ao Superior Tribunal de Justiça compete firmar o sentido da legislação federal e primar pela sua aplicação uniforme no território nacional.

Marinoni (2019) alerta que “é pouco mais do que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação “a sério””.

De fato, configura verdadeira contradição lógica e interna do próprio sistema judicial conceber que os juízes de piso e os tribunais possam desconsiderar o que vem sendo reiteradamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (e o entendimento também se aplica ao Supremo Tribunal Federal), já que sua vocação constitucional é exatamente firmar o sentido da lei federal e unificar a interpretação divergente entre os tribunais.

A ideia de limitar o poder unificador da Corte Suprema para evitar eventuais abusos daí decorrentes remonta aos primeiros momentos da Revolução Francesa e

serviu para evitar, de acordo com Marinoni (2019), ao citar Calamandrei, que as Cortes de Cassação assumissem perante o Estado uma posição de onipotência e de sobreposição perante os demais Poderes instituídos.

O Poder Judiciário é estruturado pelo texto constitucional. Por sua unidade, cada tribunal, órgão e membro tem competências e atribuições distintas que não se sobrepõem. A inobservância do entendimento firmado pelo STJ representa uma falha no sistema que deve ser corrigida. A jurisdição é una e deve ser desenvolvida de forma isonômica, coerente e segura pelos Juízes de primeiro grau, Tribunais e Cortes de vértice.

Como bem alerta Chiarloni (2001), a lei não pode ser um escudo do juiz e garantia de plena liberdade contra o estabelecido por um Tribunal Supremo. Por vezes, a instabilidade da jurisprudência tem a ver, como afirma Assis (2020), “com a ideologia prevalente no corpo de magistrados”.

E nesse particular, é muito precisa a lição de Reis (1982) que, apesar de ser dirigida ao judiciário português, amolda-se de forma perfeita ao Judiciário brasileiro dos dias atuais:

“os juízes sobrepuseram seus pontos de vista pessoais às aspirações e diretivas vindas do alto; em vez de cultivarem o espírito de corporação e da colegialidade, reivindicaram, como bem supremo, o princípio individualista da liberdade de opinião. Formados nesta escola, quando chegavam ao Supremo Tribunal de Justiça tinham criado mentalidade e hábitos pouco adequados para o sacrifício do juízo individual aos interesses da corporação de que faziam parte. Em vez de subordinarem o seu critério próprio às tradições e à doutrina do Tribunal, continuavam a afirmar a sua independência e a sua liberdade de julgamento”.

Há de se registrar que a demora na prestação jurisdicional muitas vezes não decorre do mal aparelhamento da máquina judiciária ou da falta de preparo dos seus membros e servidores ou do excesso recursal. Essa demora também é alimentada pela falta de integridade do direito, pela dispersão jurisprudencial e pela falta de definição acerca das teses jurídicas que serão aplicadas nos casos em julgamento.

A adoção dos precedentes também se mostra capaz de influenciar no princípio constitucional da duração razoável do processo já que a exigência de análise de adequação do caso concreto à tese firmada no precedente agiliza a prestação jurisdicional pois dispensa a rediscussão de todas as questões que circundam o processo.

E o que deve ser observado com bastante rigor é que a questão da influência do tempo no processo não pode de maneira alguma acarretar uma aceleração anti-garantista. Daí a razão de conciliar o princípio da duração razoável com o do devido processo legal substancial, em especial com o contraditório e a ampla defesa.

Ademais, a observância dos precedentes torna mais previsível a decisão judicial, o que certamente inibe o ajuizamento de demandas sem fundamento razoável e a interposição desnecessária de recursos infundáveis, o que reduz os custos do Poder Judiciário, entregando eficiência e celeridade.

Essa eficiência verificada na uniformidade da aplicação das normas contribui, também, para que casos de maior complexidade sejam mais bem estudados.

O princípio da proteção da confiança também se sobrepõe já que o Estado não pode externar uma conduta contraditória ao permitir que a interpretação de um mesmo texto legal seja tão diversa, o que privilegia, de certa forma, *um venire contra factum proprium* estatal. Geram confiança social tanto a lei quanto a jurisprudência firme e estável. Essa estabilidade gera, também, credibilidade ao Poder Judiciário.

Outro princípio que sai bastante fortalecido num sistema de precedentes é o da motivação. Mais que uma garantia individual, tal exigência é inerente à própria função jurisdicional, garantidor de transparência e viabilizador do controle sobre a atuação do magistrado.

A extração da *ratio decidendi* do precedente exige uma análise acerca das motivações e da argumentação jurídica usada na decisão o que decorre naturalmente de sua motivação. Tanto é verdade que o §2º, inciso V, do art. 315 do CPP¹¹⁷ estatui

¹¹⁷ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

que a decisão judicial (interlocutória ou de mérito) será considerada como não fundamentada se limitar-se “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Também padecerá de nulidade (inciso VI do art. 315 do CPP) a decisão que não trazer a devida fundamentação acerca da distinção ou da superação de entendimento.

Além dos critérios mais rígidos de motivação, deve-se ter em mente que o precedente qualificado também reforça e somente é produzido em plena observância à ampla defesa e ao contraditório. Serão legitimados os entendimentos que levarem em consideração (não apenas formal) os argumentos das partes e terceiros interessados, as teses e as contra teses e toda a cadeia de provas amalhada no processo.

Essa legitimação é de vital importância já que as razões de decidir do processo matriz gerarão efeitos entre as partes litigantes e servirão de parâmetro para outros casos futuros.

A abertura do processo formador do precedente deve contemplar os terceiros de forma individual (terceiros interessados) ou de forma coletiva (através do *amicus curiae* e até das audiências públicas).

3.1.2.1 O *amicus curiae* e sua relação com a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle

No particular vale fazer um diálogo com as teorias trazias pelo constitucionalismo moderno, em especial a formulada por Peter Häberle, na sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Numa virada hermenêutica na teoria constitucional, o doutrinador alemão defendeu que o sistema interpretativo fechado levado a efeito pelos juízes não supria a complexidade da normatividade do texto maior. Coelho (1998) ressaltou que a interpretação constitucional, que a todos interessa e a todos diz respeito, deve ser

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

realizada pela e para a sociedade aberta e não apenas pelos operadores oficiais (sociedade fechada).

Essa é a ideia a ser perseguida por uma teoria de precedentes bem estruturada. De fato, os sujeitos da interpretação dos textos legislativos devem ser ampliados para alcançar qualquer cidadão que seja destinatário da norma e que possa interferir na formulação de seu sentido.

Na definição de Bueno (2005), o amigo da corte é o “terceiro que intervém no processo por convocação judicial ou por livre iniciativa para fornecer ao juízo elementos reputados como importantes, úteis, quiçá indispensáveis, para o julgamento da causa”.

Dessa forma, numa teoria de precedentes o *amicus curiae* representa a abertura do processo ao diálogo com a sociedade pluralista legitimando seu procedimento.

A interpretação jurídica tradicional sempre foi baseada na atividade de subsunção da norma ao fato concreto, na descoberta da *fattispecie*¹¹⁸ normativa do direito italiano. Ao juiz cabia o desempenho de uma função eminentemente técnica de descoberta de uma solução previamente designada pelo legislador. Constatada a insuficiência desta interpretação meramente semântico-linguística, a hermenêutica moderna atribui um papel criativo ao julgador dando maior sentido e alcance às normas para melhor resolver as controvérsias da vida.

A abertura dos processos formadores de precedentes ao *amicus curiae* possibilita que a realização dos debates tenha foco no problema que se apresenta e nos seus possíveis desdobramentos e não apenas nas normas jurídicas, o que viabiliza diferentes interpretações sob um prisma mais sistêmico e multidisciplinar.

O amigo da corte, assim como defendido por Häberle, promove uma inegável democratização e outorga maior legitimidade às decisões formadoras de precedentes, porquanto possibilita um debate aberto e plural acerca da controvérsia posta em discussão e, ao menos potencialmente, afasta o monopólio institucional de interpretação das normas.

Por certo que os cidadãos em geral, os organismos sociais, os grupos organizados, as associações, as entidades de classe e também os órgãos estatais

¹¹⁸ Engisch (1996) ensina que a *fattispecie* normativa é a previsão antecedente, a previsão geral, a hipótese, o tipo legal, a situação da vida que se concretizada corresponde a uma consequência jurídica qualquer.

representam forças interpretativas que não podem ser desconsiderados nos processos de formação de precedentes qualificados. Häberle (2006) resume com maestria que “todo aquele que vive a norma é intérprete dela”. A norma, assim como a Constituição, é cultura e transcende a ideia de trazer em seu bojo apenas questões de ordem jurídica e não pode ser concebida como algo perfeito e acabado. Está em constante construção e deve ser entendida como uma possibilidade jurídica que reside no conflito entre a rede normativa e a realidade social.

Silva (2008) resume bem a situação ao dizer que:

De toda sorte, a sociedade, por intermédio dos diversos segmentos, não ostenta legitimidade para decidir, mas poderá consideravelmente influenciar a posição do tribunal. É exatamente esse o desiderato do *amicus curiae*: proporcionar à sociedade civil organizada, bem como ao cidadão, o ensejo de colaborar, e por que não, determinar a direção do julgamento.

A proposta de abertura interpretativa de Peter Häberle representa um campo fecundo para a implementação de uma teoria de precedentes que busca legitimação no próprio princípio democrático.

O poder de influenciar na decisão judicial, mesmo que de forma indireta, tem o condão de trazer a identificação popular para com este ato, fazendo valer cada vez mais o tão sonhado equilíbrio entre os poderes da República.

Na abertura do processo para a formação dos precedentes nascem outros sujeitos interpretativos que tem o condão de promover a construção coletiva do direito. Dessa forma, o povo deixa de ser um referencial meramente quantitativo e passa a ser um legitimador do processo de interpretação e integração do texto normativo, que lhe afeta de forma direta e inevitável.

A questão merece atenção principalmente diante da constatação de que a participação de terceiros na formação dos precedentes judiciais em recursos repetitivos exerce pouca influência no resultado do julgamento.

Os resultados alcançados por uma pesquisa idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça¹¹⁹ revelou que há uma evidente deficiência no processo de formação dos precedentes judiciais no âmbito do STJ. A partir dos acórdãos analisados pela equipe executora da pesquisa foi possível observar que a Corte analisa apenas de forma

¹¹⁹ A força normativa do direito judicial – Uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/22dd5cc34318d9000f16a788a9fb909a.pdf>. Acesso em 25 mar. 2023.

parcial os argumentos trazidos pela parte recorrente, desconsiderando em grande parte a fundamentação trazida no recurso.

Revelou-se que “são raras as ocasiões em que o STJ decidiu de forma inovadora no processo, fundamentando a decisão em argumentos não levantados nem pela parte recorrente ou recorrida, muito menos por terceiros em sede de *amici curiae*”.¹²⁰

Apesar de ressaltada a importância da participação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia em julgamento, seus argumentos não são utilizados para formar a *ratio decidendi*.¹²¹

Levando-se em consideração que a formação do precedente qualificado se propõe a transcender o caso concreto e projetar efeitos para o futuro é imperioso que o seu julgamento seja o mais inclusivo possível.

A participação dos amigos da corte, do Ministério Público e das Defensorias Públicas nos processos é mandatória e abre a possibilidade de uma construção discursiva e democrática dos pronunciamentos judiciais.

3.1.3 O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Interpretação

Compreender melhor a estruturação e o funcionamento de uma teoria de precedentes exige uma mudança de olhar acerca do papel do Superior Tribunal de

¹²⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/22dd5cc34318d9000f16a788a9fb909a.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2023.

¹²¹ Importante colacionar as conclusões da pesquisa: “No curso da pesquisa, a Equipe analisou a participação e manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia e sua relação com o fundamento na sistemática do 543-C, § 4º, do Código de Processo Civil, inclusive com o prazo de vista de 15 dias para o Ministério Público (art. 3º, da Resolução n. 8 do STJ de 7/8/2008, art. 543-C, § 4º e 5º, do CPC). Apesar da fundamental importância desse ato, a pesquisa constatou que a sua aplicação não parece ter sido efetivamente utilizada na conformação das decisões, como refletem especificamente os casos analisados. Em um total de 50 processos analisados, observou-se que o Ministério Público Federal foi o ente de maior participação, tendo apresentado parecer em 25 processos, ainda que tenha deixado de se manifestar em outros 12 processos, apesar de instado a fazê-lo. Outros entes foram constatados como partícipes nessa fase processual, com especial destaque para a Defensoria Pública da União, agências reguladoras, a Fazenda Nacional e entes representantes de classe. Por vezes, houve indeferimento da manifestação de interessados na decisão, sob a justificativa de que o Ministério Público Federal já representaria os interesses daquela parte, ou em casos nos quais o Tribunal constatou que não haveria efetivo interesse da parte em se manifestar no processo. A principal constatação obtida nessa fase de análise dos processos é a de que o Superior Tribunal de Justiça raramente utiliza os argumentos aduzidos por terceiros para fundamentar suas decisões. Nos 50 acórdãos analisados, somente observaram-se duas menções claras aos argumentos trazidos ao processo por terceiros interessados. Dessa forma, com referência ao universo de análise considerado, a conclusão à qual se chega é a de que, apesar de provocados a apresentar seus argumentos no processo, a participação de terceiros parece ter pouca influência sobre a formação do precedente jurisprudencial da Corte”.

Justiça no Brasil e o abandono da visão de que o mesmo deva exercer meramente uma atividade de controle com relação aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais.

Como visto anteriormente, a atividade interpretativa permite que se extraia do texto legal uma ou mais normas jurídicas. Com a competência para estabelecer o sentido do direito infraconstitucional federal, repousa sobre o STJ a missão de garantir a igualdade de todo cidadão perante o direito¹²².

Infelizmente, ainda nos dias de hoje o Tribunal não conseguiu se fixar como uma verdadeira Corte de Vértice, carregando a pecha de ser o terceiro grau de jurisdição para muitos casos¹²³.

A função de estabelecer um parâmetro para o controle de legalidade das decisões não é suficiente para firmar a unidade do direito já que agindo dessa forma o Tribunal limita-se a procurar o sentido exato da lei e não perpetua sua vocação constitucional de justificar suas opções interpretativas, conferindo, assim, racionalidade ao ato de interpretação.

A função do STJ como uma Corte Suprema não deve ser a de meramente tutelar a lei contra interpretações contrárias ou buscar um sentido exato para a legislação federal. A sua função reside em definir o sentido da lei federal, mediante a produção de uma norma fundada num processo interpretativo dotado de racionalidade e justificado de forma interna e externa por razões que tornem os seus critérios de valoração aceitáveis.

Cabe à Corte definir a norma que será extraída do texto legal para agregar valor e substância à ordem jurídica. Conforme já dito neste trabalho, essa atividade depende da conjugação dos esforços e da atuação harmônica entre os Poderes Legislativo e Judiciário para que o Estado entregue à sociedade um direito em constante evolução, que resolva de forma mais célere e eficaz os conflitos.

A falta de autoridade das decisões do STJ pode ser constatada de duas formas: a primeira na instabilidade e falta de uniformidade das decisões no âmbito da própria Corte; e a segunda no desrespeito às decisões pelos tribunais ordinários, o que acarreta um volume imenso de recursos visando a reforma do que foi decidido.

¹²² O art. 105 da Constituição Federal enumera as competências do Superior Tribunal de Justiça.

¹²³ Marinoni (2019) bem afirma que o Superior Tribunal de Justiça “também é assolado por uma avalanche de recursos e, não apenas por isso, não zela pela estabilidade das suas decisões. O Superior Tribunal de Justiça não individualizou, ou ainda não teve condições de exercer, as suas reais funções, ou seja, aquelas que são próprias de uma Suprema Corte”.

Quando a Corte de Vértice, no caso o Superior Tribunal de Justiça, em sua atividade interpretativa limita-se a declarar apenas o sentido da lei, sem nada revelar para o que deve ser atribuído ao texto pela jurisdição, não há autoridade de precedente a ser reconhecida. Aqui, a função da Corte é meramente de tutela da lei, e não do direito, voltando-se ao passado, ao que já está estabelecido.

Noutro eito, quando a decisão interpretativa atribui um novo sentido ao texto, criando uma norma consentânea com todo o ordenamento, com a Constituição Federal e os valores sociais, aí sim a Corte assume sua função de criar unidade e outorgar sentido ao direito acrescentando algo à ordem jurídica e orientando a sociedade em determinada direção.

Anunciar a interpretação dada ao texto legal por meio dos precedentes é a razão de existência das Cortes Supremas na modernidade. Marinoni (2019) lembra que como a interpretação feita pelas Cortes de Vértice traz mais do que o texto da lei, essa interpretação deve ser dotada de autoridade, de um *status* de direito que tem o condão de orientar a conduta social e nortear a atividade judicial.

Uma Corte interpretativa desenvolve o direito ao lado do Poder Legislativo. Em si, o trabalho do legislador não é suficiente para a criação e integração do direito. É indispensável a atividade interpretativa do Judiciário para atribuir sentido ao texto legal e desenvolver a norma atendendo às expectativas e evolução da sociedade.

A outorga de sentido à lei federal dada pelo STJ, para ser também dotada de legitimidade, deve observância a um método interpretativo racional, onde a prática argumentativa ganha um significado que se distancia da letra da lei, desenvolvendo, assim, o direito.

Existindo clara diferença entre a lei e a norma jurídica, compete ao STJ revelar a norma jurídica judicial¹²⁴ que deve ser observada em todo território nacional, e essa importância fica cada vez mais evidente diante das cláusulas abertas existentes no ordenamento jurídico.

Como já dito anteriormente, se o que se busca com a formação dos precedentes é a fixação de uma norma jurídica que tenha aplicação geral diante de circunstâncias que guardem similitude por conta da reafirmação da *ratio decidendi* dos julgados, a função do Superior Tribunal de Justiça como Corte de Vértice é bem mais sensível não existindo margem para um desacordo interpretativo.

¹²⁴ Expressão utilizada por Marinoni (2019), que alega a prevalência de tal norma em todo território nacional, independente da clareza ou dubiedade do texto interpretado.

É de vital importância que a interpretação firmada pelo STJ tenha projeção sobre os Tribunais e juízos ordinários em casos similares para que haja coerência do direito, segurança jurídica e igualdade.

Deve-se registrar que as interpretações excluídas pela Corte de Vértice no julgamento de um caso não precisam ser necessariamente banidas já que podem ser utilizadas pelos tribunais inferiores para invocar uma distinção ou até mesmo a superação.

É necessária a transição de uma Corte de mero controle de legalidade e de correção das decisões das instâncias ordinárias, para uma Corte de Precedentes que tenha autoridade para orientar as relações sociais, que dê unidade ao direito e racionalidade ao sistema.

É imperiosa a transição de mentalidade dos operadores do direito no sentido de que compete ao STJ, como Corte Suprema, projetar suas decisões perante toda a sociedade porque elas ressignificam e oxigenam o direito.

Essa visão traz, inclusive, uma nova leitura acerca da teoria dos recursos porque aqui não mais se aceita o recurso como meio de correção da legalidade da decisão judicial ou o recurso como um direito subjetivo da parte à análise da correção ou não da decisão. Numa teoria de precedentes, o recurso só interessa à Corte quando lhe oportuniza desenvolver e agregar valor ao direito federal, daí a importância dos filtros recursais como a repercussão geral, os recursos repetitivos e o novel filtro de relevância.

Diante dessa dimensão colaborativa do STJ para a construção e atualização do direito, é de vital importância observar a própria estruturação do Poder Judiciário. Por vocação constitucional, cabe ao STJ conferir sentido ao direito federal e garantir sua aplicação de forma uniforme em todo território nacional. Por outro lado, cabe aos Tribunais e aos juízes a função de pacificação social através da resolução dos litígios. Cada qual exerce suas funções que não podem ser desconsideradas ou sobrepostas. A falta de observância da posição de vértice do STJ impede a perpetuação do Estado brasileiro como um verdadeiro Estado constitucional contemporâneo. O Poder Judiciário deve ser entendido sob a ótica de sua unidade e não pode subsistir de forma multifacetada, decidindo casos iguais e forma absolutamente díspar.

É exatamente nesse mesmo sentido a precisa lição de Marinoni (2019):

O juiz é uma “peça no sistema de distribuição de justiça e não alguém que é investido de Poder estatal para satisfazer as suas vontades. Para que esse sistema possa adequadamente

funcionar, cada um dos juizes deve se comportar de modo a permitir que o Judiciário possa se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional de forma isonômica e sem ferir a coerência do direito e a segurança jurídica. Portanto, a absurda e impensada ideia de dar ao juiz o poder de julgar o caso como quiser, não obstante ter o Tribunal Superior já conferido os seus contornos, é hoje completamente insustentável. Desconsidera que as Supremas Cortes, na atualidade, têm a função de dar sentido ao Direito e desenvolvê-lo ao lado do Legislativo.

Nesse jaez, é imperioso que o STJ se firme como uma Corte que atribui o sentido do direito, e não meramente como uma Corte que define a exata interpretação da lei já que é o único órgão em nossa arquitetura constitucional que detém competência para tanto.

3.1.3.1 A necessidade de releitura também é interna

No ano de 2018 a Associação dos Magistrados Brasileiros concluiu uma pesquisa que reuniu dados obtidos através das respostas a um questionário enviado aos magistrados brasileiros, ativos e inativos, ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa, intitulada “Quem somos. A magistratura que queremos¹²⁵”, esclarece em sua apresentação que foram recebidos no total quase 4.000 respostas para os formulários enviados aos magistrados, “num universo de 18.000 magistrados ativos e 3.000 inativos, corresponde a cerca de 19% e 15% desses totais, respectivamente.”.

Tal pesquisa teve por objetivo traçar um “quadro amplo da magistratura, da sua relação com o Direito e com o sistema de justiça, da sua rotina profissional e condições de trabalho, a fim de contribuir para o aprimoramento institucional do Poder Judiciário”.

Da análise do seu conteúdo é possível chegar a algumas conclusões relevantes para o presente trabalho.

Na questão 145¹²⁶ da pesquisa era indagado ao magistrado: “Quanto à sua rotina profissional, ordene as atividades listadas abaixo da mais frequente para a menos frequente, levando em conta a quantidade de tempo dedicado a elas (sendo 1 a mais frequente e 7 a menos frequente)”. De acordo com as conclusões do próprio

¹²⁵ Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2022/05/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 27 fev. 2023.

¹²⁶ Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2022/05/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em 27 fev. 2023.

relatório¹²⁷, a pesquisa de jurisprudência constou dos últimos lugares, à exceção da Justiça Federal.

Os dados indicam que a consulta à jurisprudência não é uma atividade muito frequente entre os julgadores. Tal informação se revela bastante preocupante pois indica que a cultura jurisprudencial não vem se confirmando o que remete a uma realidade de pragmatismo atrelado ao positivismo jurídico.

Na parte do relatório dedicada à fundamentação das decisões judiciais esse distanciamento foi mais evidente. A questão 54¹²⁸ tratou especificamente do tema precedentes. Ao magistrado cabia responder se as suas decisões deveriam se pautar por súmulas e precedentes vinculantes e os resultados foram tabelados da seguinte forma¹²⁹:

Tabela 54.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	593 24,4%	76 39,8%	17 13,4%	1 6,7%	687 24,9%
Discorda pouco	559 23,0%	57 29,8%	26 20,5%	3 20,0%	645 23,3%
Concorda pouco	802 33,0%	41 21,5%	42 33,1%	7 46,7%	892 32,3%

¹²⁷ “Como trabalham os juízes? Como dispõem de seu tempo e organizam suas atividades? As Questões 139 a 145 reúnem um elenco de sete atividades, e se solicitava que elas fossem ordenadas segundo o grau de frequência com que o magistrado as executa. A “análise dos autos” foi considerada a atividade que mais consome o tempo dos magistrados de 1º grau; seguida da “realização de audiências”. Em terceiro lugar aparecem os “despachos de expedientes”, em quarto, o “atendimento a advogados”, em quinto a “gestão cartorária”, em sexto, a “pesquisa de jurisprudência”, e em sétimo a “leitura de textos técnicos”. A classificação realizada pelos juízes de 2º grau é um pouco diversa. Entre eles, as três primeiras atividades apontadas pelos juízes de 1º grau reaparecem, na mesma ordem de importância. Porém, as demais atividades foram mencionadas em ordem diversa, apresentando a seguinte sequência: “atendimento a advogados”; “pesquisa de jurisprudência”; “leitura de textos técnicos”; e, em último lugar, “gestão cartorária e/ou administrativa”. A pesquisa revelou que o juiz federal apresenta uma rotina diversa, comandada pelas seguintes atividades: em primeiro lugar, a consulta da jurisprudência e, em segundo, leitura de textos técnicos.”

¹²⁸ Questão 54: As proposições abaixo se referem à capacidade dos Tribunais Superiores regularem as decisões do conjunto da magistratura. Assinale o seu grau de concordância com cada uma delas. O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes

¹²⁹ Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2022/05/Pesquisa_Quem_Somos_AMB__v-digital.pdf. Acesso em: 27 fev. 2023.

Concorda muito	476 19,6%	17 8,9%	42 33,1%	4 26,7%	539 19,5%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Tabela 54.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	81 27,7%	8 53,3%	8 23,5%	0 0,0%	97 28,0%
Discorda pouco	62 21,2%	3 20,0%	6 17,6%	1 16,7%	72 20,7%
Concorda pouco	97 33,2%	3 20,0%	14 41,2%	4 66,7%	118 34,0%
Concorda muito	52 17,8%	1 6,7%	6 17,6%	1 16,7%	60 17,3%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 54.3 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	60 18,2%	5 27,8%	7 15,6%	3 42,9%	75 18,8%
Discorda pouco	49 14,9%	2 11,1%	7 15,6%	0 0,0%	58 14,5%
Concorda pouco	115 35,0%	5 27,8%	15 33,3%	2 28,6%	137 34,3%
Concorda muito	105 31,9%	6 33,3%	16 35,6%	2 28,6%	129 32,3%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

Tabela 54.4 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

Opções	Nº absoluto	%
Discorda muito	8	40,0
Discorda pouco	1	5,0
Concorda pouco	5	25,0
Concorda muito	6	30,0
Total	20	100,0

Na próxima questão¹³⁰ o que se pretendia era averiguar se o sistema de súmulas e precedentes qualificados afetavam de alguma forma a independência do magistrado. As respostas foram as seguintes:

Tabela 55.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	629 25,9%	72 37,7%	19 15,0%	4 26,7%	724 26,2%
Discorda pouco	529 21,8%	53 27,7%	30 23,6%	2 13,3%	614 22,2%
Concorda pouco	773 31,8%	47 24,6%	33 26,0%	7 46,7%	860 31,1%
Concorda muito	499 20,5%	19 9,9%	45 35,4%	2 13,3%	565 20,4%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

¹³⁰ Questão 55: As proposições abaixo se referem à capacidade dos Tribunais Superiores regularem as decisões do conjunto da magistratura. Assinale o seu grau de concordância com cada uma delas O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação

Tabela 55.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	73 25,0%	7 46,7%	8 23,5%	0 0,0%	88 25,4%
Discorda pouco	54 18,5%	3 20,0%	5 14,7%	1 16,7%	63 18,2%
Concorda pouco	109 37,3%	5 33,3%	12 35,3%	5 83,3%	131 37,8%
Concorda muito	56 19,2%	0 0,0%	9 26,5%	0 0,0%	65 18,7%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 55.3 – JUÍZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	61 18,5%	6 33,3%	8 17,8%	3 42,9%	78 19,5%
Discorda pouco	57 17,3%	2 11,1%	7 15,6%	0 0,0%	66 16,5%
Concorda pouco	114 34,7%	4 22,2%	17 37,8%	2 28,6%	137 34,3%
Concorda muito	97 29,5%	6 33,3%	13 28,9%	2 28,6%	118 29,6%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

Tabela 55.4 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

Opções	Nº absoluto	%
Discorda muito	11	55,0

Discorda pouco	1	5,0
Concorda pouco	6	30,0
Concorda muito	2	10,0
Total	20	100,0

E na seguinte¹³¹ o que se questionava era se as súmulas e precedentes vinculantes tinham o condão de trazer uma maior racionalidade às decisões judiciais. Seguem os resultados:

Tabela 56.1 – JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	142 5,8%	12 6,3%	11 8,7%	0 0,0%	165 6,0%
Discorda pouco	171 7,0%	14 7,3%	17 13,4%	1 6,7%	203 7,3%
Concorda pouco	809 33,3%	55 28,8%	47 37,0%	5 33,3%	916 33,2%
Concorda muito	1308 53,8%	110 57,6%	52 40,9%	9 60,0%	1479 53,5%
Total	2430 100,0%	191 100,0%	127 100,0%	15 100,0%	2763 100,0%

Tabela 56.2 – JUÍZES DE SEGUNDO GRAU EM ATIVIDADE

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	15 5,1%	0 0,0%	1 2,9%	0 0,0%	16 4,6%

¹³¹ Questão 56: As proposições abaixo se referem à capacidade dos Tribunais Superiores regularem as decisões do conjunto da magistratura. Assinale o seu grau de concordância com cada uma delas. O sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário

Discorda pouco	13 4,5%	0 0,0%	1 2,9%	1 16,7%	15 4,3%
Concorda pouco	85 29,1%	4 26,7%	10 29,4%	2 33,3%	101 29,1%
Concorda muito	179 61,3%	11 73,3%	22 64,7%	3 50,0%	215 62,0%
Total	292 100,0%	15 100,0%	34 100,0%	6 100,0%	347 100,0%

Tabela 56.3 – JUIZES E DESEMBARGADORES INATIVOS

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	41 12,5%	1 5,6%	9 20,0%	1 14,3%	52 13,0%
Discorda pouco	32 9,7%	1 5,6%	3 6,7%	0 0,0%	36 9,0%
Concorda pouco	117 35,6%	6 33,3%	15 33,3%	3 42,9%	141 35,3%
Concorda muito	139 42,2%	10 55,6%	18 40,0%	3 42,9%	170 42,6%
Total	329 100,0%	18 100,0%	45 100,0%	7 100,0%	399 100,0%

Tabela 56.4 – MINISTROS DE TRIBUNAIS SUPERIORES

Opções	Nº absoluto	%
Concorda pouco	6	30,0
Concorda muito	14	70,0
Total	20	100,0

As respostas dadas pelos magistrados revelam um aspecto relevante. Os julgadores reconheceram que um sistema pautado em precedentes qualificados garante mais celeridade e segurança à atividade jurisdicional. Nesse particular, a concordância alcançou 86% dos magistrados no primeiro grau; 91% no segundo grau, 87% entre os aposentados e 100% entre os ministros dos tribunais superiores.

De forma paradoxal, ao serem questionados acerca da sua atividade interpretativa, responderam que a adoção de súmulas e precedentes vinculantes limitam a sua atuação. Ora, se há o reconhecimento no sentido de que existem instrumentos aptos a trazer racionalidade e unidade ao sistema, se há um benefício a ser oferecido ao jurisdicionado, a visão não deveria ser limitante. Ao que tudo indica a ótica prevalente aqui não é a coletiva, mas sim a pessoal.

Essa disparidade também é evidente na análise dos resultados alcançados no conjunto de questões relativas à organização institucional do Judiciário e ao serviço público de prestação jurisdicional. Uma das questões solicitava aos magistrados que apontasse três iniciativas capazes de dotar o Poder Judiciário de maior eficiência. Para os juízes de 1º grau as prioridades foram a limitação aos recursos judiciais; a alteração da competência do Supremo Tribunal Federal para que atue apenas como Corte Constitucional; e a limitação do efeito suspensivo dos recursos. Entre os de 2º grau essas também são as iniciativas mais citadas com a diferença de que a alteração da competência do STF aparece como a mais indicada. Entre os ministros de tribunais superiores, a alteração de competência do STF também aparece em segundo lugar.

Ora, se não há uma cultura de recorrência ao que diz a jurisprudência e se entende que a adoção de súmulas e precedentes vinculantes tolhe a liberdade julgadora do magistrado, qual é a lógica em defender o posicionamento do STF como uma Corte de Vértice?

Ao que parece o problema no acolhimento de uma teoria de precedentes qualificados no Brasil vai além da releitura das teorias do direito e da interpretação. O problema é também interno e revela que os próprios magistrados brasileiros são renitentes quanto à sua adoção. De nada vale o esforço nas academias, na produção doutrinária, na conscientização da sociedade acerca do papel desenvolvido pelas Cortes Interpretativas se os próprios membros do Poder Judiciário não se submetem à autoridade dos precedentes. O abandono do pragmatismo jurídico compete aos juízes e o poder de renovação do sistema judicial está em suas mãos.

Ao que parece os próprios magistrados não conseguem identificar com clareza seu próprio papel dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Outro caso digno de apontamento diz respeito à alta concentração de casos que são julgados pelo STJ, em sede de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em pesquisa financiada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), cujo destinatário era o Ministério da Justiça, intitulada de “*Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores: Análise e Proposta de Reflexão”¹³², foi identificado que:

“A alta concentração de casos oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo mostra-se um ponto de especial relevância, uma vez que não é compatível com dados de população (São Paulo concentra apenas 21,72% da população brasileira), nem com dados de população prisional (embora seja o Estado com a maior população carcerária, com 34,60%). Como se pode perceber na tabela a seguir, essa discrepância não se verifica nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, nem no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais os dados de população e população carcerária conjugados se mostram mais próximos ao percentual de HCs e RHCs impetrados perante o STJ.”

O estudo aponta que a taxa de concessão das ordens de *habeas corpus* são bem maiores quando a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Isso quer dizer que não há observância das decisões proferidas pelo STJ e que essa realidade representa um ponto de desequilíbrio do sistema judicial brasileiro.

Noutro prisma, agora sob o ângulo institucional, é evidente o esforço que o STJ vem aplicando para firmar-se como um tribunal de relevância, que uniformiza as teses e cria precedentes.

Como bem destacado no Anuário da Justiça Brasil 2022, após três décadas de funcionamento e passada a crise sanitária imposta pelo coronavírus, o Tribunal passa por um momento resolutivo e busca “consolidar o sistema de precedentes qualificados e prevenir litígios. Só assim vai promover a cidadania e fortalecer a própria imagem perante a sociedade¹³³”.

Conforme consta do documento, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça entendem que a Corte deve deixar de atuar como terceira instância, exercendo um

¹³²

Disponível

em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17508/Habeas%20corpus%20nos%20tribunais%20superiores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 mai. 2023.

¹³³ Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-brasil-2022/pages/page/54>. Acesso em: 8 mai. 2023.

papel meramente revisor, para firmar-se como um tribunal gerador de precedentes, nos moldes delineados pela arquitetura constitucional. No documento consta que quando a jurisprudência do STJ é observada o impacto é sistêmico.

No anuário é dado destaque à atuação da Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas¹³⁴, atualmente presidida pela Ministra Assusete Magalhães, em substituição ao ministro Paulo de Tarso Sanseverino, falecido no dia 8 de abril de 2023. Essa comissão foi criada a partir de uma comissão temporária especial de ministros que acompanhava os processos submetidos à técnica de julgamento dos recursos repetitivos.

A comissão é o indicativo mais profundo no sentido de que o Tribunal vem desenvolvendo um trabalho de qualidade na gestão dos precedentes qualificados e vem incentivando a adoção das ferramentas criadas pelo CPC/2015.

Esse indicativo também é observado no plano estratégico definido pelo STJ para o período de 2021/2026¹³⁵. A visão de futuro do Tribunal ficou ancorada no seguinte sentido: “Consolidar o STJ como uma corte de precedentes que oferece justiça ágil, moderna, preventiva e cidadã”.

Um ponto relevante é que o próprio plano estratégico prevê como uma ameaça à atuação e consolidação do STJ como Corte de vértice a inobservância da jurisprudência firmada por parte das instâncias ordinárias¹³⁶.

¹³⁴ Consta do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça a seguinte apresentação: “A Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas – COGEPAC é uma comissão permanente de Ministros formada por três ministros do STJ, como membros efetivos e um ministro como suplente, um juiz supervisor e três servidores assessores do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas - NUGEPNAC.

A COGEPAC é atualmente composta pelo Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – Presidente (Segunda Seção); Ministra Assusete Magalhães (Primeira Seção); Ministro Rogerio Schietti Cruz (Terceira Seção); Ministro Moura Ribeiro (Suplente) e o juiz instrutor Renato Castro Teixeira Martins (Supervisor), nos termos da Portaria STJ/GP n. 98, de 22 de março de 2021 (república no DJe de 24 de março de 2021).

Sua missão é coordenar os procedimentos administrativos decorrentes do julgamento de casos repetitivos, de incidentes de assunção de competência, suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como do monitoramento e sistematização das informações relativas ao julgamento das ações coletivas, no âmbito do Tribunal da Cidadania. A Comissão tem atuação estratégica no estabelecimento de metas e na busca das melhores soluções para o êxito do sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, regulamentado internamente pelas Emendas Regimentais n. 22, 24 e 26 do Superior Tribunal de Justiça.”.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/comissao-gestora-de-precedentes-e-de-acoes-coletivas>. Acesso em: 13 mar. 2023.

De acordo com a Portaria STJ/GP 226/2023, a composição da Comissão foi alterada ante o falecimento do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

¹³⁵ Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/Institucional/Gestao-estrategica/Planejamento-estrategico/planoEstrategico_2021_2026.pdf. Acesso em: 8 mar. 2023.

¹³⁶ Consta do mencionado plano estratégico que: “O número elevado de decisões judiciais que não refletem o entendimento predominante do Tribunal da Cidadania, verificado nos próprios recursos

Diante de tais aspectos é importante fazer uma reflexão mais aprofundada acerca da implementação de um sistema de precedentes qualificados no Brasil. A mudança deve ser gradual, porém deve ser encarada de forma mais sistêmica e profunda.

Com a emenda constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, o art. 102 da Constituição Federal foi alterado para prever que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, teriam efeito vinculante.

A emenda constitucional n. 45 trouxe a previsão de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário e a Lei n. 11.672/2008, acrescentou o artigo 543-C ao Código de Processo Civil, criando um mecanismo para a uniformização da jurisprudência do STJ através do julgamento de recursos repetitivos.

As mudanças em direção a uma racionalidade do sistema judicial atingiram seu ápice com a edição do CPC/20015, que promoveu importantes alterações rumo à solidificação de um sistema de precedentes vinculantes.

Convive-se, portanto, com os pronunciamentos vinculantes do âmbito das Cortes Superiores desde 1993 nada comparável aos precedentes firmados no *common law*, que permanecem hígidos por mais de 200 anos em alguns casos¹³⁷.

Como já dito neste trabalho, a necessidade de estruturação é maior e mais ampla. É preciso mudar a compreensão acerca do direito e sua interpretação, é preciso mudar a forma de decidir e a cultura jurídica para que os precedentes se perpetuem e se caminhe em direção à verdadeira unidade do direito.

Feitas tais considerações, abre-se o caminho para, no próximo capítulo, fixar as balizas para o estudo dos precedentes qualificados, seus elementos, sua viabilidade e possíveis impactos no ordenamento jurídico nacional.

recebidos das outras instâncias, demonstram que a observância da jurisprudência pelos órgãos de origem precisa melhorar, sendo essa, talvez, a maior de todas as ameaças à consolidação do STJ como Corte de Precedentes”.

¹³⁷ Veja-se, por exemplo o icônico caso *Marbury vs Madison* que estabeleceu a *judicial review* norte americana e criou um novo modelo de controle de constitucionalidade: o controle difuso. O julgamento foi levado a efeito pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803.

4 – OS PRECEDENTES QUALIFICADOS: A APROXIMAÇÃO COM O *COMMON LAW*, A NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A DOUTRINA DO *STARE DECISIS*

No Brasil as decisões judiciais são dotadas de um grau baixo de estabilidade sendo corriqueira a adoção de resoluções distintas para casos idênticos. Impera a chamada jurisprudência lotérica em que a sorte do litigante muitas vezes é ditada pelo casuísmo da distribuição e da simpatia ou antipatia do órgão julgador por determinado entendimento. Persegue-se a sorte e não a previsibilidade.

A heterogeneidade das decisões repousa também, conforme alerta Assis (2020), no modo pelo qual “os homens e as mulheres que ocupam a função judicante, encaram a sua missão social”.

O magistrado carrega dentro de si suas impressões pessoais, suas experiências e convicções que são projetadas no ato interpretativo e na aplicação concreta da letra da lei o que permite a criação de circunstâncias não normatizadas. Além da efetividade, restam prejudicadas a segurança jurídica, a igualdade, a duração razoável do processo, a previsibilidade e a própria integridade do direito.

Na esfera penal, essa falta de isonomia e previsibilidade ganha maior projeção tendo em vista que a liberdade individual é diretamente afetada, bem como que não se consegue estabelecer um limite claro e preciso à atuação estatal nos seus poderes punitivos e de execução das penas.

Ainda nos dias atuais a decisão do magistrado é vista como um ato singular e unilateral encoberto sob o manto da autonomia e da liberdade interpretativa dada ao julgador. A busca pela unidade do direito vem cada vez mais impondo que a decisão judicial seja um produto sistêmico, apto a trazer benefícios para toda coletividade.

Importante observar que a arquitetura constitucional que encarrega um tribunal superior de uniformizar o entendimento jurisprudencial não logrou êxito até os dias atuais. É comum verificar que os entendimentos sedimentados no âmbito tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça ainda não são dotados de força vinculante, e nem muitas vezes de força sequer persuasiva.

O desencontro jurisprudencial sempre foi tão corrente na prática jurídica que forçou a criação de um recurso específico, na primeira metade do séc. XX, para unificar a divergência existente entre órgãos julgadores de um mesmo Tribunal¹³⁸.

Diversos institutos tem sido criados com o objetivo de impor mais uniformização às decisões judiciais (repercussão geral no recurso extraordinário, julgamento repetitivo nos recursos especiais, súmulas vinculantes e, mais recentemente as alterações promovidas no Código de Processo Civil e o filtro de relevância).

A incorporação de uma teoria de precedentes qualificados pelo CPC/2015 representou um avanço na busca pela efetividade do processo e coerência do ordenamento, no entanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que o sistema judicial alcance uma maior estabilidade. Além do aperfeiçoamento das regras já postas do âmbito civil, deve-se estruturar uma teoria própria para a prática penal, levando em consideração as suas particularidades.

Gomes (2008) assere que a superação de um modelo estritamente formalista, focado na aplicação da letra da lei, permite que o magistrado promova a interpretação e a aplicação da norma agora sob um novo paradigma, que busca nos princípios a solução para o caso concreto. Dessa forma, retoma-se a racionalidade prática do Direito tirando o juiz da sua posição de neutralidade para inseri-lo num papel de construção e concretização da própria justiça.

É assente no meio jurídico que cabe ao juiz no ato decisório buscar a máxima coerência e que a decisão judicial deve ser fruto de um sistema de distribuição de justiça universal.

A doutrina vem se esforçando para demonstrar a efetividade dos precedentes judiciais destacando seu papel para evitar as modificações bruscas e repentinas na jurisprudência dos tribunais, sempre ressaltando a necessidade de maior estabilidade, coerência e confiança no Poder Judiciário nacional.

A constatação de que a norma resulta do processo de interpretação abriu caminho para se pensar na decisão judicial não somente como um meio para a resolução do caso concreto, mas também como uma forma de promover a unidade do direito.

¹³⁸ Trata-se dos embargos de divergência, com previsão no art. 1043 do CPC/2015, com interposição prevista em recurso extraordinário e em recurso especial.

4.1 HIBRIDISMO BRASILEIRO? COMMONLIZAÇÃO? A APROXIMAÇÃO COM O *COMMON LAW* E A MANUTENÇÃO DOS INSTITUTOS PRÓPRIOS DO *CIVIL LAW*

A compreensão acerca das tradições jurídicas do *common law* e do *civil law* passa pela análise de circunstâncias políticas, culturais, jurídicas e econômicas diversas que contribuíram para a sua formação.

Como afirma Dantas (2010), os dois grandes sistemas não podem ser entendidos como o fruto de uma elaboração teórica ou doutrinária, mas sim como um produto da história a partir de circunstâncias completamente distintas vividas na França e na Inglaterra.

A França do período pré-revolucionário vivia o feudalismo e o absolutismo monárquico. A magistratura era formada por um grupo aristocrático que se posicionava contra os interesses dos camponeses, da classe média e da burguesia. Os juízes interpretavam as leis de forma tendenciosa e muitas vezes de forma contrária ao espírito que as animava sempre visando a manutenção da supremacia da aristocracia feudal.

Com o avanço do racionalismo e da ideologia liberal burguesa, a monarquia absolutista e a aristocracia feudal perderam força dando lugar a uma ordem política que trouxe o parlamento para o centro do poder, com a perpetuação de uma ordem jurídica na qual a lei seria aplicada de forma isonômica aos cidadãos.

A Revolução de 1789 perpetuou a supremacia do parlamento, que se tornou o único competente para a criação das leis. Enraizou-se a ideia de que o direito deveria ser racional, completo e claro e que a atividade dos juízes deveria se limitar à aplicação da lei e não a sua interpretação, limitação ou extensão.

Tal o contexto, o desenvolvimento do *civil law* foi marcado pela migração de uma realidade em que o Poder Judiciário representava os interesses da classe aristocrática para uma intervenção mínima na vida do cidadão. A aplicação do direito positivado colocou o juiz na posição de intérprete e aplicador da lei, retirando-lhe, no entanto, o poder de criar o Direito.

Já na Inglaterra, o sistema do *common law* foi construído de forma paulatina ao longo do último milênio e se apresentou como um modelo de feição mais aberta já que suas normas e princípios foram constantemente interpretados pelos tribunais e firmados caso a caso com base nas decisões tomadas no passado.

Em sua tradição, a fonte primeira do direito são os precedentes judiciais e os juízes detêm o chamado *judge made law* no qual criam o direito a partir dos fundamentos extraídos dos casos anteriormente julgados.

Aqui a figura dos juízes foi fundamental para alavancar os ideais progressistas e estabelecer direitos em prol do cidadão em face do monarca; para a centralização do poder; e para a desestruturação do feudalismo.

Os juízes ingleses eram fiéis à tradição judicial e à continuidade histórica do seu direito e sempre se colocavam ao lado dos indivíduos na luta contra o abuso do poder monárquico.

O que se observou na Inglaterra foi o desenvolvimento e a consolidação do *common law* ao longo do tempo com uma atuação complementar entre os juízes e o Legislativo na qual foi possibilitado ao Poder Judiciário o controle dos atos legislativos com a observância das tradições e costumes vigentes. Não se questionava a imparcialidade e independência do Poder Judiciário razão pela qual não havia necessidade de se perseguir um ideal de aplicação estrita da lei¹³⁹.

A tradição do *common law* se espalhou por vasto território consolidando a observância do passado na construção da decisão judicial.

Analisando as duas tradições vale pontuar que o modelo brasileiro nunca pôde ser classificado como puramente filiado ao modelo do *civil law*. Como exemplo cita-se que a formatação do nosso controle de constitucionalidade buscou raízes no sistema norte-americano, e não nos modelos europeus continentais.

Nos dias de hoje o Brasil vive de forma mais latente o fenômeno de aproximação com a sistemática do *common law*. O reconhecimento da força normativa dos princípios e a centralidade dos direitos humanos promoveu um enfraquecimento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, mas não seu abandono.

É inegável o alinhamento recíproco entre as tradições. De um lado o *common law* busca cada vez mais fundamentação no direito legislado¹⁴⁰, e, de outro o *civil law* vem se utilizando cada vez mais do direito jurisprudencial.

¹³⁹ Vale mencionar que a partir do séc. XX o direito inglês passou a atribuir um valor maior à lei. Com o advento do Estado do bem-estar social passou-se a exigir do governo uma atitude de promoção social e da economia, cabendo ao Estado a regulamentação econômica, política e social.

¹⁴⁰ Este fenômeno foi nominado de "*statutorification*".

Mitidiero (2015) conclui que esse alinhamento decorre, principalmente, do controle difuso de constitucionalidade, do emprego crescente de textos com textura aberta e, sobretudo, da nova compreensão dada à interpretação jurídica a partir do momento em que se percebeu que os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça eram dotados de normatividade.

Taruffo (2011) alerta, inclusive, que “pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*”.

Parte da doutrina asseve que o fenômeno que hoje se observa é o do hibridismo jurídico onde as características marcantes de cada uma das famílias de direito são bem reconhecidas no ordenamento¹⁴¹. Peixoto (2015) defende de forma mais contundente a existência de uma miscigenação entre os modelos jurídicos que fez surgir o que nominou de “*brazilian law*”, o que parece ser desarrazoado.

Talvez defender o hibridismo seja por demais radical já que a interpenetração entre os sistemas jurídicos sempre existiu. O movimento pela valorização das decisões judiciais representa uma evolução do direito, que acompanha a mesma mobilidade que ocorre em diversos outros países que se aproximam cada vez mais da doutrina do *stare decisis*.

Afirmar que está em andamento um processo de *commonlização* é equivocado. No entanto, é nítido o movimento de adoção de fundamentos e institutos específicos da tradição do *common law*, em especial a exigência de que os Tribunais se vinculem e observem suas próprias decisões.

De fato, é notório que o processo anglo-americano é dotado de maior eficiência que o nacional e tramita em duração muito mais razoável e consentânea com os princípios da isonomia, confiança e segurança jurídica.

Não se defende aqui que a adoção de uma teoria de precedentes tenha o condão de solver os problemas que assolam o Poder Judiciário. O que se busca, em verdade, é um tratamento mais igualitário e uma maior eficiência estatal. A simples incorporação de institutos não atende às peculiaridades do ordenamento e nem anula o vasto conteúdo normativo existente.

É nesse sentido que Taruffo (2010) afirma que a verificação de uma jurisprudência oscilante não justifica a migração para uma política de precedentes de

¹⁴¹ Nesse particular a doutrina de Hermes Zanetti Júnior.

inopino e nem a mera transposição de institutos sem que se observe de forma muito atenta as peculiaridades de cada ordenamento.

Como já dito ao longo deste trabalho, a adoção e estruturação de uma teoria de precedentes qualificados oferece inúmeras vantagens à marcha processual, desde que respeitadas as peculiaridades de nossas tradições históricas e culturais.

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA AO PRECEDENTE: A NECESSIDADE DE PERCORRER O CAMINHO DA PERSUASÃO À VINCULAÇÃO

A busca pela estabilidade da jurisprudência é uma realidade não muito recente no Brasil. Ainda na década de 1960 surgiram as chamadas súmulas da jurisprudência dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Criadas para sistematizar as teses firmadas no âmbito daquele Tribunal, caracterizavam-se por externar um método de catalogação tendente a ordenar e facilitar a atividade do operador do direito no acesso à interpretação dada ao texto legal e eram dotadas de força meramente persuasiva.

No anteprojeto do Código de Processo Civil de 1964¹⁴², Alfredo Buzaid tentou reviver os assentos portugueses¹⁴³ na legislação. Ao elaborar o capítulo que previa a uniformização da jurisprudência, foi inserida no texto a previsão para a edição de assentos com força de lei¹⁴⁴.

Tais disposições não constaram da redação final do CPC/1973. Subsistiu, no entanto, o chamado incidente de uniformização de jurisprudência (arts. 476 a 479), que objetivava dar maior uniformidade à interpretação jurídica, com vinculação persuasiva. O instituto sempre foi empregado de forma muito limitada, e, segundo Cruz e Tucci (2004), não rendeu os frutos esperados por conta dos próprios

¹⁴² Título IX – Do Processo nos Tribunais. Capítulo I – Da Uniformização da Jurisprudência (arts. 516 a 520). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177246/anteprojeto%20de%20codigo%20de%20processo%20civil.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 17 abr. 2023.

¹⁴³ De acordo com Streck, Santos e Morbach (2019), os assentos surgiram em Portugal com as Ordenações Manuêlinas e consistiam em deliberações da Casa de Suplicação acerca de questões controvertidas no ordenamento português. Previa o Livro V, Título LVIII que os desembargadores, corregedores, ouvidores e julgadores deviam obediência irrestrita à interpretação da lei dada pela Casa da Suplicação devidamente registrada no livro dos assentos ou livro verde.

¹⁴⁴ Art. 518. A decisão, tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal será obrigatória enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.

Art. 519. O presidente do tribunal, em obediência ao que ficou decidido baixará um assento. Quarenta e cinco (45) dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de lei em todo o território nacional.

magistrados que sempre temeram a influência recíproca e a eficácia vinculante para os julgamentos futuros.

Em sede de direito comum ou de direito constitucional, a implementação e o fortalecimento de uma teoria de precedentes vêm ocorrendo de forma progressiva. Das súmulas da jurisprudência dominante, passando pelas emendas constitucionais n. 3 e 45 e pela sistematização dos recursos repetitivos, chegou-se ao CPC/2015, que promoveu importantes alterações rumo à solidificação deste sistema.

Essa realidade é condizente com a conformação institucional dada aos Tribunais Supremos brasileiros, o STF na seara constitucional, e o STJ no direito infraconstitucional, que são dotados da chamada função nomofilática.

Theodoro Júnior (2018) explica que a nomofilaquia tem o sentido dado por Calamandrei de aclarar e integrar o sistema normativo, permitindo uma aplicação uniforme do direito.

Na análise dos institutos comumente adotados no direito jurisprudencial, faz-se imperiosa a diferenciação entre precedente e jurisprudência.

O primeiro viés marcante diz respeito ao aspecto quantitativo já que a jurisprudência pode ser definida como o resultado de um conjunto de decisões judiciais dadas no mesmo sentido acerca de uma determinada matéria. É o pluralismo que define a jurisprudência. De forma contrária, o precedente surge usualmente de apenas uma decisão judicial da qual se extrai a sua *ratio decidendi*.

Por decorrer de uma decisão única, em regra, o precedente é facilmente identificável. Já na jurisprudência a multiplicidade de decisões dificulta a identificação de qual é realmente relevante e mesmo se já existe uma interpretação mais uniforme da norma.

Ao reunir um número incontrolado de decisões, a jurisprudência favorece à sua própria degeneração já que são frequentes as contradições internas e constantes as mudanças de orientação no entendimento. Isso faz com que haja incoerência e contradição, bem como que haja dificuldade na aferição de uma conformidade ou prevalência jurisprudencial.

Já sob o aspecto qualitativo, pode-se dizer que a jurisprudência é dotada de caráter meramente persuasivo ao passo que o precedente tem eficácia obrigatória ou vinculante e emanam das Cortes Supremas.

Taruffo (2011) esclarece que o precedente gera uma norma universalizável que tem o condão de ser aplicada para os casos futuros em função da identidade ou da analogia entre os fatos em julgamento.

Esse exercício de analogia não decorre da própria coisa, ele é feito pelo julgador do caso sucessivo, que deve apontar as eventuais identidades ou diferenças entre os casos.

Também vale fazer a diferenciação quanto às súmulas. Enquanto o precedente é gerado no processo judicial, em obediência aos princípios do contraditório e do devido processo legal, as súmulas não guardam ligação com o seu objeto inicial. Os Tribunais partindo do texto legal abstraem os fatos e o contexto dos casos julgados para formarem um enunciado jurídico. Tal qual a jurisprudência não é dotada de força vinculante.

As súmulas são por natureza pronunciamentos dotados de grande abstração e generalidade. O seu enunciado não guarda vinculação com os fatos que lhe deram origem.

Mitidiero (2015), ao tecer críticas à redação dada ao art. 926 do CPC/2015¹⁴⁵, faz uma observação importante ao estatuir que os conceitos não se confundem e que “o legislador procurou ressignificar os conceitos de jurisprudência e de súmulas e introduzir o de precedentes no novo Código”.

Alerta o doutrinador que o legislador se valeu de uma redação pouco técnica deixando de observar a existência das Cortes Supremas (STF e STJ); que o dever de uniformização recai sobre as Cortes de Justiça, e não sobre as Cortes de Vértice; e que o termo jurisprudência é empregado de forma genérica, sem se preocupar com o viés quantitativo ou qualitativo das decisões judiciais.

¹⁴⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

4.3 TREATLIKE CASES ALIKE: A NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAS

A adoção de uma adequada teoria de precedentes confere racionalidade, igualdade, previsibilidade, calculabilidade, estabilidade e efetividade ao ordenamento jurídico¹⁴⁶.

A aspiração de tratamento igualitário aos casos semelhantes (*treatlike cases alike*) desfaz as amarras ideológicas com a tradição do *civil law* (já que afasta o formalismo interpretativo) e tem o condão de reduzir o poder discricionário dos julgadores.

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e todas as outras que lhe antecederam são de crucial relevância para a prática jurídica brasileira e revelam uma possibilidade concreta de conferir racionalidade às decisões judiciais, promover segurança jurídica, estabilidade e desenvolvimento social, jurídico e econômico.

Sob a perspectiva institucional, o tratamento previsível e igualitário dado aos casos em julgamento favorece a extinção do ambiente marcado por privilégios e oscilações que impera no Poder Judiciário. A certeza na prestação jurisdicional aniquila com a expectativa criada na vigência de uma desprezível loteria judicial no sentido de haver sempre a possibilidade de uma virada interpretativa que tenha como consequência uma decisão favorável.

Tal perspectiva atinge um valor de maior relevância quando analisada sob o aspecto penal e processual penal, tendo em vista os valores libertários envolvidos.

Em verdade, a observância dos precedentes qualificados além de beneficiar o cidadão tem o condão de reforçar o papel institucional do Poder Judiciário através do fortalecimento da interpretação jurídica e da coesão do direito. Aqui vale a observação de que num sistema de precedentes o protagonismo deve ser dos direitos individuais e coletivos, e não dos seus membros. Nos dizeres de Barbosa e Bastos (2018), o protagonismo é do Direito, e não do Poder Judiciário.

Se a renitência na aplicação dos precedentes reside na garantia de independência dos juízes e na defesa do livre convencimento, tal fundamento é

¹⁴⁶ A doutrina estrangeira fala em *predictability* (previsibilidade), *equality* (igualdade), *consistency* (consistência) e *stability* (estabilidade).

equivocado, já que o estabelecimento do precedente e sua posterior aplicação, por um método interpretativo racional, revela a exteriorização do próprio Direito.

As garantias conferidas aos magistrados não podem ser entendidas como um fim em si mesmo já que representam instrumentos para a manutenção da imparcialidade, e não podem ser o escudo para a prevalência de entendimentos pessoais, imprevisíveis e geradores de prejuízo a toda uma coletividade.

Fato é que a legislação brasileira inovou ao prever um dever geral de estruturação e prosseguimento de um sistema de precedentes que tem o dever de uniformização, estabilidade, integridade e coerência¹⁴⁷.

O dever de uniformização diz respeito à obrigatoriedade de resolução das divergências, mesmo que internas, para a equivalência do entendimento firmado acerca de determinado tema.

A estabilidade previne as mudanças repentinas de posicionamento atraindo a necessidade de um ônus argumentativo robusto para afastar ou promover a distinção do precedente.

Inclusive diz-se que com a adoção dos precedentes houve uma mutação do ônus argumentativo¹⁴⁸. Diante da preocupação de desprezo para com o processo em si e da utilização do direito jurisprudencial como uma ferramenta para o engessamento do direito, por meio da formação de padrões decisórios, a doutrina assere que os precedentes qualificados devem se desenvolver por meio de um processo argumentativo construído pelas partes salvaguardado pelas garantias processuais.

Assim, defende-se a reconstrução do sistema processual através da teoria da participação na qual se repele a ideia de protagonismo absoluto, seja das partes ou do magistrado, por meio do avanço de um procedimento em contraditório que visa o policentrismo e a atuação das partes de forma interdependente para a construção da norma do caso concreto. Nessa perspectiva, deve-se buscar a harmonia e o equilíbrio entre o direito processual e os mandamentos constitucionais.

Viana e Nunes (2018) elucidam que com tal reconstrução introduz-se a ideia “democrática no campo processual em conformidade com a teoria do direito. Fazendo com que a decisão tomada em caráter solitário e com privilégios cognitivos ceda espaço ao ambiente discursivo e dele surja o ato decisório”.

¹⁴⁷ Conforme previsão contida no art. 926 do Código de Processo Civil.

¹⁴⁸ Sobre o tema conferir a obra de Aurélio Viana e Dierle Nunes: Precedentes: a mutação do ônus argumentativo

Dessa forma, a formação da norma advinda da argumentação constante do precedente depende da atuação participativa das partes litigantes, do ônus argumentativo trazido pelos advogados e pela fundamentação racional trazida pelo julgador, que não pode de forma alguma se escudar em um determinado padrão decisório.

A coerência e a integridade são enunciados de difícil compreensão, mas representam verdadeiros deveres impostos aos Tribunais na atividade judicante que devem promover uma interpretação lógica e racional apresentando uma argumentação substancial que dê sustentação à *ratio decidendi*.

A encampação da ideia de integridade sinaliza a adesão da teoria de Dworkin no sentido de entrelaçamento entre a ética e a moral. Assim, a responsabilidade assumida por cada um perante os demais proíbe a causação de comportamentos danosos sempre norteados pelo respeito que devemos nutrir por nós mesmos, o que nos faz resgatar a ideia de participação vista acima.

Sob outra perspectiva, Zaneti Jr. (2021) defende que para além da igualdade, os precedentes devem “atender à premissa de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros”¹⁴⁹. O autor defende que a regra da universalização é mais ampliada que o princípio da igualdade pois:

“exige que os juízes dos casos futuros tenham, a partir da adoção de um pesado ônus argumentativo decorrente da regra da universalização, o dever (normativo) de seguir os precedentes de forma adequada, afastando a presunção a favor do precedente, quando o caso deva ser julgado de forma diferente. Assim, somente será possível afastar-se de um precedente quando restar superado (overruling que justifica a defeasability do precedente, sua defectibilidade, seu afastamento por superação) ou distinguido (distinguishing, seu afastamento por diferenciação) adequadamente o caso-atual em concreto do caso-precedente.”

Assim, a vantagem da universalização seria a vinculação dos próprios julgadores que formaram o precedente bem como daqueles que virão a compor a Corte num momento futuro.

¹⁴⁹ O autor deixa registrado que grande parte da doutrina nacional e alienígena também se posiciona a favor da regra da universalização e cita como exemplos: Marina Gáscon, Neil MacCormick, Frederick Schauer, Martin Krieger, Michele Taruffo, Thomas Bustamante, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia.

Nesse cariz, a construção diária de uma teoria de precedentes, apesar de não ser a salvação para todos os males que assolam o Poder Judiciário, tem o condão de promover uma verdadeira revolução na maneira que o direito é vivido e compreendido.

4.4 A DOCTRINA DO *STARE DECISIS*

Importante observar que quando um litígio é posto para análise perante o Poder Judiciário, a resolução da controvérsia mediante a prolação da decisão judicial tem o condão de resolver o caso concreto e também servir de base para decisões futuras. Essa é uma característica comum aos sistemas do *common law* e do *civil law*. A distinção está no grau de vinculação que a decisão anterior tem para os casos subsequentes.

O traço marcante da tradição dos precedentes vinculantes, reside na força do adágio “*stare decisis et non quieta movere*”¹⁵⁰, que nos remete à obrigação que tem o julgador do caso posterior de aplicar o entendimento formado no precedente, caso haja semelhança entre eles. Sua função é dar estabilidade ao direito.

É importante deixar claro que o *common law* não se confunde com a teoria do *stare decisis*. O primeiro é o sistema jurídico inglês baseado na prática cotidiana do direito no qual os juízes detêm poder criativo (*judge-made law*). Já o segundo é um princípio jurídico de existência anterior ao *common law*¹⁵¹ que atribui aos julgadores o dever de observância ao que já foi decidido em um precedente.

No entanto, a inquietação para evitar decisões conflitantes no âmbito dos tribunais ingleses remonta a tempos passados. Cruz e Tucci (2004) destaca que Bracton já ressaltava a importância de se observar nos casos futuros o que já havia sido decidido no passado por uma questão de certeza do direito.

Vale a ressalva de que este efeito vinculante previsto na teoria do *stare decisis* não é ínsito à tradição do *common law*. Hogue (1986) leciona que até o final do séc. XIX não havia qualquer obrigatoriedade em seguir um precedente, que se impunha pela força do costume e para garantir a segurança jurídica. Ao magistrado era garantida a liberdade de julgar de forma distinta da estabelecida pelo precedente sem apontar, sequer, distinção ou superação do entendimento firmado.

¹⁵⁰ Cujo significado é o seguinte: “mantenha-se a decisão e não moleste o que foi decidido”.

¹⁵¹ Assis (2015), citando Chamberlain, esclarece que o *stare decisis* já existia no sistema da *equity*, que no Direito Romano, bem como que já fora previsto no Código de Justiniano (obrigação que os juízes tinham de decidir da mesma forma que o imperador).

A força vinculante do precedente surgiu no âmbito da *House of Lords*¹⁵² somente em 1861, no julgamento do caso *Beamish v. Beamish*¹⁵³. Em linhas gerais o caso versava sobre a validade do próprio casamento realizado por reverendo de forma clandestina sem o consentimento do pai da noiva. Após a sua morte, os herdeiros iniciaram uma disputa patrimonial que envolvia a validade do casamento dos genitores.

De acordo com Assis (2015), invocando precedente formado no caso *The Queen v. Millis*, de 1844, a *House of Lords* extraiu a *ratio decidendi* do caso já julgado para aplicar a mesma solução estabelecendo que as suas decisões são dotadas de força vinculante vertical e horizontal.

Posteriormente, este entendimento foi devidamente consolidado no caso *London Tramways v. London County Council*¹⁵⁴, em 1898. Aqui foi observada a força vinculante da decisão pretérita tendo a *House* deixado claro que sequer os argumentos trazidos no caso concreto seriam analisados ou rebatidos já que a matéria já havia sido decidida anteriormente em um caso semelhante.

Em 1966 a *House of Lords* acenou para a possibilidade de os juízes promoverem a superação dos precedentes ao argumento de que a adesão cega aos seus fundamentos pode ser fonte de grande injustiça e, também, de engessamento do direito¹⁵⁵.

No entanto, como alertou Neil MacCormick (1966), apesar de reconhecida a possibilidade de superação de um precedente pela mais alta Corte inglesa, este ato não implicou no enfraquecimento da *stare decisis*, contrariamente, representou sua

¹⁵² Na Inglaterra, a *House of Lords* exercia a função de Suprema Corte até outubro de 2009 quando foi substituída pela Suprema Corte do Reino Unido

¹⁵³ Disponível em: <http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html>. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹⁵⁴ Disponível em: <https://lexlaw.co.uk/wp-content/uploads/2020/04/Tramways-case-1898.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2023.

¹⁵⁵ Souza (2013) diz que no *Practice Statement*, datado de 26 de julho de 1966, Lord Gardiner fez a seguinte declaração à Câmara dos Lordes: *Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlement of property, and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.*

capacidade de revisão e atualização, retirando do velho sistema aquilo que era incompatível ou injusto.

4.4.1. Os elementos marcantes: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*

O sucesso de uma teoria de precedentes reside numa análise interpretativa que extraia com precisão as razões de decidir do julgado ou a sua tese jurídica, que formarão a chamada *ratio decidendi* ou *holding*, consistente na regra ou princípio extraído da decisão posta em julgamento que se tornará fonte do direito.

Levando em conta que a existência de julgamentos contraditórios para casos similares é fonte de inesgotável desigualdade e insegurança jurídica, a finalidade precípua do *stare decisis* é garantir a integridade, coerência, unidade, previsibilidade e cognoscibilidade do sistema jurídico através do tratamento igual aos casos semelhantes (*treat like cases alike*).

Seu objetivo sempre foi o de limitar a discricionariedade judicial e o papel político do Poder Judiciário buscando dar estabilidade ao direito.

Dessa forma, cabe ao juiz promover a análise da tese jurídica do precedente, que constitui sua essência vinculante, e separá-la dos argumentos acessórios e secundários que formam o *obter dictum*.

O bom funcionamento da teoria do *stare decisis* exige a análise minuciosa acerca da tese jurídica firmada no julgamento do precedente e seu desvirtuamento implica em severo ataque ao princípio do devido processo legal.

Como já dito em linhas volvidas, vinculante é apenas a *ratio decidendi*. As *dictas* não formam teses jurídicas obrigatórias, apesar de serem dotadas de grande peso persuasivo e poderem servir de fundamento até para sustentar a distinção e a superação.

Deve ficar claro que os precedentes judiciais funcionam como enunciados legislativos. Nas precisas palavras de Bustamante (2012), “são textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” sendo que a extração da *ratio decidendi* pode revelar tarefa mais complexa que própria interpretação da lei.

Existe uma variedade de métodos¹⁵⁶ para identificar de forma mais segura e precisa a *ratio decidendi* o que revela a complexidade do ato de identificação da tese jurídica a ser firmada para os casos futuros.

A extração da norma do precedente judicial pressupõe uma tarefa interpretativa abrangente que engloba a análise das circunstâncias do caso concreto e um devido processo argumentativo, razão pela qual é um grande equívoco pensar que os precedentes qualificados engessam a atividade do julgador.

Como a *ratio* não é firmada pelo Tribunal de onde emana a decisão (apesar de não haver óbice de que conste expressamente do seu texto), usualmente a sua identificação se dá em momento posterior pelos julgadores dos casos futuros que tem a função de interpretar o precedente para extrair a sua razão de decidir.

À medida que o precedente passa a ser observado nos casos futuros mais seus fatos materiais e a *ratio decidendi* são compreendidos, tornando-se mais claros e precisos diante da maturação de seu processo argumentativo e interpretativo.

Importante ressaltar que a identificação da *ratio* não se dissocia dos fatos que deram origem ao processo em julgamento razão pela qual sempre persiste uma análise fático-comparativa entre os casos futuros e o precedente que se pretende aplicar.

Essa, inclusive, é uma das grandes críticas feitas à postura dos magistrados brasileiros no que toca ao direito jurisprudencial. Diz-se que no Brasil não é feita uma comparação entre os fatos do caso em julgamento e os que ensejaram a criação do precedente dando azo à utilização de um enunciado vago, absolutamente desconectado dos fatos que lhe deram origem¹⁵⁷.

O *obiter dictum* é definido usualmente após a identificação da proposição de direito extraída da *ratio decidendi*. Taruffo (2010) cita os seguintes exemplos que podem ser considerados como *obiter dictum*: princípios jurídicos citados na decisão que não foram fundamentais para a solução do caso; observações sobre os fatos e a valoração das provas; discussão sobre questões hipotéticas que guardam relação com o caso em julgamento, dentre outros.

¹⁵⁶ Os métodos mais tradicionais e citados pela doutrina nacional são os desenvolvidos por Eugene Wambaugh; Arthur L. Goodhart e Rupert Cross.

¹⁵⁷ Conferir a obra de Maurício Ramirez (2010).

Por não ser elemento essencial à solução do caso não é dotado de efeito vinculante, mas deve ser reconhecido o seu valor persuasivo para a formação da jurisprudência.

4.4.2. Elementos da análise interpretativa: a distinção e a superação

Como já dito, o precedente judicial é um texto que carece de interpretação para ser aplicado em um caso concreto subsequente. Além da extração da *ratio decidendi*, o processo interpretativo deve englobar a análise da similitude dos elementos fáticos e do alinhamento da tese jurídica fixada às alterações de contexto social, econômico, político e jurídico.

Compete ao julgador a análise acerca da similitude existente entre os elementos fáticos do precedente judicial e do caso em julgamento para garantir que cada processo receba a solução devida, sem a aplicação automática e acrítica do precedente.

É da essência da teoria o julgamento idêntico de casos análogos já que a análise comparativa entre os casos garante a igualdade material na aplicação do direito. É da sua natureza, também, a possibilidade de mudança.

Verificado o confronto entre os fatos relevantes dos dois casos em análise, cabe ao juiz aplicar a técnica da diferenciação (*distinguishing*) e afastar o precedente. Por evidente que não se exige que as demandas sejam absolutamente idênticas. A similitude deve existir entre os fatos fundamentais para a formação da *ratio decidendi*, deve-se apurar quais foram os fatos sopesados para a fixação da tese jurídica. Eventuais distinções entre fatos imateriais ou meramente acessórios não justificam a aplicação da técnica sob pena de enfraquecimento da teoria do *stare decisis*.

Como não existem casos absolutamente iguais, a identidade entre os casos deve ser apenas essencial, e não absoluta e deve fixar a relevância das diferenças para aplicar ou não a tese jurídica. A situação impõe um maior ônus argumentativo tanto para as partes litigantes quanto para o julgador.

A utilização do *distinguishing* deve ser cautelosa. O dever de fundamentar a decisão que deixa de aplicar o precedente sob a alegação de distinção das circunstâncias fáticas exige a comprovação do confronto e o apontamento de quais

fatos materiais não se fazem presentes no caso em julgamento, sob pena de incorrer o juiz em manifesto *error in iudicando*¹⁵⁸.

O fato de o magistrado ter o poder de fazer a distinção entre os casos em julgamento não significa que os precedentes estão a serviço de sua conveniência e oportunidade. Isso é segurança jurídica.

Vale registro que a aplicação da técnica da distinção não retira a autoridade do precedente judicial e nem abala sua validade já que apenas se revela que os fatos fundamentais do caso em julgamento não se assemelham ao do precedente.

No entanto, o uso reiterado da distinção em relação a um precedente pode ser um indicativo de que ele esteja em processo de enfraquecimento e até mesmo de perda de credibilidade.

Por outro lado, a alteração substancial do contexto social, político, econômico ou jurídico pode acarretar a mudança no entendimento firmado na tese do precedente vinculante promovendo sua superação.

Cabral (2014) inclusive adverte para o uso de uma técnica preventiva chamada julgamento-alerta, na qual a Corte julgadora faz a sinalização pública para a possível mudança de um entendimento já sedimentado pelo precedente, tudo com a finalidade de garantir a segurança jurídica e sedimentar o princípio da confiança.

As decisões que promovem a superação de um precedente devem ser maturadas e possuir uma carga de fundamentação mais sólida para evitar a quebra da estabilidade do sistema judicial.

A utilização desta técnica evita o engessamento do direito e sintoniza a teoria de precedentes com os ideais de correção, justiça e imparcialidade.

Neste ponto é cabível uma observação. A doutrina já chegou a apontar que existem os superprecedentes¹⁵⁹. São precedentes que se enraizaram de forma tão profunda na cultura jurídica e institucional que se tornaram praticamente imutáveis. Sua finalidade normalmente está relacionada à pacificação de questões de grande impacto político, social ou moral.

Os mais citados são os seguintes firmados pela Suprema Corte norte-americana: *Marbury vs. Madison* (a partir dos fundamentos de tal precedente foi firmado o modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade); *Brown vs.*

¹⁵⁸ Essa falha na aplicação do *distinguishing* é denominada de distinção inconsistente (*inconsistent distinguishing*)

¹⁵⁹ Conferir a lição de Ravi Peixoto (2018) e Siddharta Legale (2016)

Board of Education (que afirmou ser inconstitucional a segregação de crianças negras nas escolas públicas americanas) e *Roe vs. Wade* (que legalizou o aborto em solo americano).

O último caso (*Roe vs. Wade*¹⁶⁰) marcou a história dos precedentes. Em 1969 Norma McCorvey, que adotou o pseudônimo "Jane Roe", ingressou com pedido para a realização de aborto sob a alegação de estupro, questionando a lei proibitiva do Estado do Texas.

A solicitante era mãe solteira, que à época estava na terceira gestação, e já não detinha a guarda dos dois primeiros filhos. Não possuía residência fixa e era usuária de drogas. A decisão inicial lhe foi desfavorável.

Somente em 1973 seu recurso subiu à Suprema Corte Americana, onde foi analisado em conjunto com o de outra litigante. Em defesa do direito ao aborto, foi alegado que as leis proibitivas contrariavam o direito à privacidade das mulheres, que era garantido pelo texto constitucional. Por sete votos a dois, a Corte julgou inconstitucionais as leis que proibiam de forma absoluta o aborto, sem levar em consideração o tempo da gestação¹⁶¹.

Desde então movimentos religiosos e antiaborto trabalharam para a reversão do entendimento.

O tema ainda foi objeto de outras decisões¹⁶² até que em 24 de junho de 2022 a Suprema Corte americana revogou o histórico precedente *Roe vs. Wade*.

¹⁶⁰ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-61929519>. Acesso em: 28 abr. 2023.

¹⁶¹ Estes foram os argumentos utilizados: "a) leis estaduais que somente autorizam o aborto quando necessário para salvar a vida da gestante, sem levar em consideração o estágio da gravidez, violam a Décima Quarta Emenda, que em sua primeira Seção proíbe leis que restringem os privilégios ou imunidades dos cidadãos americanos ou os prive de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; b) o aborto está amparado pelo direito à privacidade, de modo que, a depender do estágio da gravidez e dos riscos envolvidos na gestação, o interesse estatal em preservar a vida do feto e da gestante, cede em face do direito da mãe realizar o aborto." Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/opiniao-revogacao-roe-vs-wade-direito-aborto>. Acesso em: 28 abr. 2023.

¹⁶² "No caso *Harris vs. MacRae*, julgado em 1980, decidiu a corte que era constitucional a Emenda Hyde, uma legislação federal que proibia o uso de verbas federais para custear serviços de aborto. No caso *Webster vs. Reproductive HealthKit Services*, julgado em 1989, declarou que eram constitucionais políticas públicas a favor da gravidez e contra o aborto. Já no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pensilvânia vs. Casey*, quando chamada para analisar a constitucionalidade de uma legislação do estado da Pensilvânia que estabeleceu uma série de condições para a realização do procedimento de aborto, tais como (1) o consentimento informado da gestante, (2) a espera mínima de 24 horas para a prática, (3) a comprovação de que o marido foi notificado do aborto no caso de mulheres casadas, e (4) a permissão de um dos responsáveis no caso de gestantes menores de idade, a Suprema Corte, em decisão apertada, reafirmou o direito constitucional ao aborto garantido no caso *Roe vs. Wade*, mas rejeitou a regra dos trimestres como uma diretriz adequada para tratar da questão." Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/opiniao-revogacao-roe-vs-wade-direito-aborto>. Acesso em: 28 abr. 2023.

A corrente majoritária entendeu que a Constituição americana não fez qualquer referência ao direito ao aborto, nem de forma implícita nem explícita, e que tal direito não está incluído na Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda¹⁶³.

Dessa forma, restou superado o entendimento firmado no superprecedente com a substituição da regra anteriormente vigente e a retirada de sua eficácia como norma jurídica.

Essa dinâmica aponta que nem as decisões mais longevas e respeitadas são reflexivas às superações, o que realmente confere coerência, integridade e estabilidade à teoria dos precedentes.

4.5 OS PRECEDENTES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código de Processo Civil de 2015 incluiu os deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização de jurisprudência diante da constante instabilidade e discrepância observada nas decisões judiciais¹⁶⁴.

O dever de uniformização privilegia o princípio da igualdade e prevê que a mesma questão jurídica deve ser tratada de forma idêntica pelos órgãos julgadores. A integridade exige uma atuação consistente dos tribunais que devem observância ao que já foi decidido anteriormente além de cautela no reconhecimento das distinções e superações.

A coerência exige que o órgão julgador considere sua atuação tanto nos casos presentes como nos casos futuros, diante de sua aptidão para formar pautas de conduta para a sociedade.

Apesar de todas as críticas voltadas à previsão feita no Código de Processo Civil, inclusive quanto à sua constitucionalidade, parte-se do pressuposto que foi dado um importante passo em direção à estruturação de um sistema de precedentes judiciais no país¹⁶⁵.

¹⁶³ A íntegra da decisão está disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em 28 abr. 2023.

¹⁶⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

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

¹⁶⁵ O próprio Supremo Tribunal Federal, já na vigência do CPC/2015 destacou a previsão do sistema de precedentes nacional ressaltando sua função instrumentalizadora de princípios. A propósito:

Importante ressaltar que não existem previsões normativas acerca da formação, aplicação, distinção ou superação dos precedentes no âmbito penal. Após a alteração feita pela Lei n. 13.964/2019, foi incluído o § 2º ao art. 315 do CPP¹⁶⁶, que em seus incisos V e VI fez menção aos precedentes, mas tal alteração diz respeito à necessidade de fundamentação das decisões judiciais, e não à previsão de precedentes qualificados no processo penal.

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE. [...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”. (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”. (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 655265, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016)

¹⁶⁶ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

No entanto, a inclusão destes dispositivos no CPP reforça a concepção moderna de um processo justo, que não se coaduna com a discricionariedade e a arbitrariedade judicial.

A previsão contida no inciso V (decisão que se limita a invocar enunciado de súmula ou precedente) tem a finalidade de evitar que mesmo diante de um precedente qualificado o julgador se exima da obrigação de realizar um cotejo entre os fundamentos, a norma que se extrai do precedente, e o caso em análise. Aqui o magistrado tem o ônus argumentativo de apontar as razões de incidência do precedente para evitar as decisões generalizantes que não enfrentam as teses levantadas pelas partes litigantes.

No que toca à previsão contida no inciso VI (decisão que deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente) fica ressaltada a importância do exercício constante do cotejo entre o precedente invocado e o caso em julgamento para os casos de distinção e superação.

Fato é que independentemente de haver ou não previsão no âmbito penal acerca da observância dos precedentes, no atual estágio de direito não basta que a lei seja igual para todos, é imprescindível que também a interpretação da lei e que a norma seja fonte de igualdade.

Os motivos determinantes para a observância dos precedentes são absolutamente iguais nos países, sejam filiados às tradições do *common law* ou do *civil law*. O ponto de diferença entre eles está nos mecanismos adotados para alcançar a almejada previsibilidade, estabilidade e igualdade, razão pela qual faz-se necessária a análise dos instrumentos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil para a unificação da jurisprudência no âmbito penal.

4.5.1. O artigo 927 do Código de Processo Civil e os instrumentos aptos à formação de precedentes no âmbito penal

Por força do previsto no art. 926 do CPC/2015 compete aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Este dever é imposto tanto para os Tribunais Superiores quanto para os Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais Eleitorais.

O art. 927 do mesmo diploma de ritos estatui que tanto os juízes quanto os tribunais observarão: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle

concentrado de constitucionalidade (I); os enunciados de súmula vinculante (II); os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (III); os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (IV); e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (V).

Nesse desiderato, quando houver decisão do STF acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de lei em abstrato, no bojo de ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou arguição de descumprimento de preceito fundamental esta será de observância obrigatória.

Importante lembrar que por força da previsão contida no art. 102 da Constituição Federal, do art. 28 da Lei n. 9.868/1999 e do art. 10 da Lei n. 9.882/1999 as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade possuem efeito *erga omnes*, retroativo e geral sendo que os demais órgãos do Poder Judiciário estão vinculados ao disposto no dispositivo da decisão exarada pelo STF.

De forma concomitante, por força do art. 927 do CPC, o Poder Judiciário de forma vertical (todos os órgãos do Judiciário) e horizontal (o próprio Supremo Tribunal Federal) passa a ficar vinculado também à *ratio decidendi* da decisão. Verifica-se, aqui disposições legais diversas fixando tipos de vinculação também diversos.

Como alerta Galvão (2022), o efeito *erga omnes* é inerente ao controle abstrato de constitucionalidade tanto pela arquitetura constitucional quanto pela previsão legal, mas acoberta apenas o dispositivo da decisão. É de extrema relevância anotar que agora as razões determinantes para a decisão devem ser levadas em consideração para os julgamentos posteriores e também que sejam observados por todos, como normas.

Entende-se que a previsão contida no inciso I do art. 927 representa o reconhecimento da função nomofilática do Supremo Tribunal Federal de aclarar e integrar o sistema normativo, permitindo uma aplicação uniforme do direito, conforme já dito em linhas passadas.

Nos incisos II e IV houve previsão de vinculação aos enunciados de súmula vinculante e aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de forma indistinta.

A primeira ressalva que deve ser feita é a de que os enunciados de súmulas, sejam vinculantes ou não, não se confundem com precedentes. Conforme já

explicitado neste trabalho, na análise dos institutos comumente adotados no direito jurisprudencial, é evidente a diferenciação entre os institutos.

Os precedentes nascem de decisões judiciais anteriores que fornecerão princípio argumentativo para a solução dos casos futuros. Os enunciados de súmula representam apenas um resumo, um entendimento condensado, uma afirmação jurídica que se destaca da situação fática que foi julgada.

Ao igualar os enunciados sumulares, o legislador ignorou as diferenças existentes entre os institutos, inclusive no que toca ao procedimento diferenciado para a aprovação das súmulas vinculantes.

No entanto, independente da equiparação, a previsão contida no art. 927 é incongruente com o sistema de precedentes diante de sua natureza. Os enunciados sumulares não são decisões e nem guardam referência com uma hipótese fática.

Tal previsão só tem razão para subsistir se houver uma mudança no tratamento e aplicação dos enunciados sumulares. Como as súmulas não encontram correspondência com outro instituto do *common law*, mas estão presentes na cultura jurídica pátria, deve-se buscar a sua compatibilidade com um sistema de precedentes.

Dessa forma, os enunciados sumulares só terão o efeito de vinculação se permitirem um regresso ao caso que lhes deu origem e viabilizarem a racionalidade argumentativa própria dos precedentes. Isso para impedir que sejam aplicados como se textos legais e abstratos fossem absolutamente desvinculados dos fatos do caso concreto julgado.

O Supremo Tribunal Federal, no trato das súmulas vinculantes, já firmou entendimento no sentido de que deve haver aderência estrita entre o objeto do ato reclamado e o conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia *erga omnes* apontada pelo litigante para que seja admitida a reclamação constitucional¹⁶⁷. Esse retorno ao arcabouço fático é o que deve nortear a aplicação dos enunciados nos casos previstos no art. 927 do CPC.

Nesse sentido, a precisa lição de Azevedo (2009) para quem a aplicação do enunciado de súmula exige do julgador uma análise acerca de sua *ratio decidendi* e pressupostos fáticos o que “permitirá que a súmula vinculante seja um incremento em efetividade e racionalidade, e não uma camisa de força”.

¹⁶⁷ Nesse sentido: Rcl 29268 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 15/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-060 DIVULG 26-03-2019 PUBLIC 27-03-2019

No inciso III o legislador inovou ao fazer previsão do chamado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Tal cautela decorreu da preocupação com o crescimento da repetitividade das questões jurídicas levadas ao Judiciário, com o aumento exponencial das ações de massa e da crescente contradição observada entre as decisões judiciais.

As demandas repetitivas são aquelas em que as questões controvertidas giram apenas em torno de questões de direito que regem relações massificadas, inexistindo discussão sobre a matéria fática.

Antes da vigência do novo CPC, a preocupação com a repetitividade, tanto no âmbito civil quanto no criminal, já era uma realidade razão pela qual foi firmado procedimento para o julgamento de recursos repetitivos perante os Tribunais Superiores.

A aplicação do incidente ainda é bastante tímida apesar de representar uma alternativa na busca pela estabilidade e uniformidade dos julgamentos. Seu procedimento está previsto nos arts. 976 e seguintes do CPC.

Como dito acima, o IRDR não tem cabimento para a definição de questões de fato, no entanto, tal restrição não afasta sua aptidão para a formação de precedentes vinculantes já que é possível o isolamento da questão jurídica para a fixação da tese com a consequente aplicação posterior a casos com hipóteses fáticas idênticas ou similares.

É inegável que no âmbito penal e processual penal a matéria fática sempre está de alguma forma presente no caso em julgamento (seja pela descrição feita na denúncia seja por questões ligadas ao decurso do tempo, dentre outras). Ademais, inúmeras questões jurídicas podem ser objeto de debate sem que haja a necessidade de valoração de provas e de fatos no bojo do processo.

Apesar de a litigiosidade repetitiva nunca ter representado uma grande preocupação no âmbito penal tendo em vista que o delito e a criminalidade sempre foram analisados de forma mais individual, a oscilação na jurisprudência é extremamente perigosa para o sistema judicial, o que atrai a aplicação do incidente para unificar a jurisprudência e promover um tratamento igualitário.

Nesse particular, a fixação de uma tese para alcançar uma multiplicidade de processos com a mesma questão jurídica impacta de forma relevante na duração razoável do processo e na eficiência, além de garantir a unidade na aplicação do direito.

No mesmo inciso III há a previsão para a formação de incidente processual para a assunção de competência. Este instrumento tem cabimento nos Tribunais, inclusive no STJ, e visa deslocar o julgamento de determinada questão a um órgão de maior estatura dentro do mesmo tribunal privilegiando a colegialidade e a análise mais profunda e cautelosa de matéria relevantes.

O instrumento veio para substituir o antigo incidente de uniformização de jurisprudência. Tem por fundamento a existência de relevante questão de direito com repercussão social e pode ser instaurado de forma preventiva quando a questão for potencialmente multiplicável.

Para Fernandes (2018), este é o instituto que mais se aproxima do direito anglo-saxão no que toca aos precedentes já que finda com as divergências existentes no âmbito do mesmo tribunal e com a disseminação da tese fixada privilegia-se a segurança jurídica e a estabilidade do direito.

De acordo com a previsão contida no art. 947 do CPC, requisito essencial para a instauração do incidente é a ausência de litigiosidade repetitiva o que nos remete à sua função preventiva de evitar futuras decisões conflitantes.

Avançando para os recursos especial e extraordinário repetitivos o novo CPC sacramentou a preocupação com o crescimento descontrolado da litigiosidade de massa e com o automatismo recursal.

Em 2008 o recurso especial repetitivo ganhou assento no CPC/73, por força da redação dada ao art. 543-C, introduzido pela Lei nº 11.672, de 8/5/2008. Já o recurso extraordinário repetitivo foi previsto no novo CPC/2015. Com previsão no art. 1036, considera-se repetitivo o recurso especial ou extraordinário que versa sobre questão idêntica de direito.

A questão relevante aqui reside não no fato de haver semelhança entre as demandas, mas sim no seu volume e na sua repetitividade e na necessidade de firmar um mecanismo de objetivação e aceleração da marcha processual, sem prejuízo qualitativo para as partes.

O julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, por ser da competência do STJ e do STF, traduzem a já mencionada função nomofilática destas Cortes para atribuir um sentido ao direito. Na precisa lição de Badaró (2018), os repetitivos sinalizam “que tais cortes devem ter uma função muito mais de interpretação e estabelecimento de precedentes do que de julgamentos individuais de recursos que podem se repetir aos milhares”.

Levando em consideração que as decisões proferidas nos recursos repetitivos servirão de base para o julgamento dos casos futuros, de forma vinculante, a escolha do processo piloto é de suma importância. Apesar de não haver disciplina legal para a sua escolha, os tribunais devem ter o cuidado de selecionar realmente um processo que tenha em seu bojo a controvérsia bem delineada para resolução, com o maior número possível de fundamentos na decisão recorrida e argumentos da parte recorrente.

O Superior Tribunal de Justiça mantém rigorosamente atualizado um boletim informativo de precedentes, disponível em sua página eletrônica, justificando que: “a iniciativa apoia a atuação de magistrados no sobrestamento de processos e na aplicação de tese e de juízo de retratação.”¹⁶⁸.

No ano de 2022 foram publicados vinte boletins (edições 77 a 96) e em 2023, até o mês de abril, foram publicados 5 (edições 97 a 101). Com base nos dados divulgados nos boletins, é possível aferir a seguinte quantidade de temas repetitivos afetados para julgamento¹⁶⁹:

Boletins	1ª Seção	2ª Seção	3ª Seção	Corte Especial
77 a 96	30	6	17	3
97 a 101	3	1	1	1

A análise dos números demonstra que não obstante ser massivo o número de processos recebidos pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁰, ainda é tímida a afetação e a apreciação dos recursos repetitivos.

No entendimento do ministro Og Fernandes, integrante da 1ª Seção do STJ, “Estamos em um momento de menos afetação e mais administração de temas afetados, porém ainda há muito o que se fazer. Temos muitos temas a serem apreciados”¹⁷¹.

¹⁶⁸ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/precedentes>. Acesso em: 2 mai. 2023.

¹⁶⁹ Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/precedentes>. Acesso em: 2 mai. 2023.

¹⁷⁰ Entre 01/03/2023 e 03/05/2023 foram recebidos 82.106 processos no Superior Tribunal de Justiça. De 03/05/2022 a 03/05/2023 foram 422.232 processos. Dados disponíveis em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaWJFkMmE1YjktNGY0Yi00NjY2LTljMmEtZWVmNDIiYzNmFiliwidCI6ImRlMjNkNWYwLWNjYWVtNGM4NC04MWQ2LTl4OTJhOGMwNTVhYSJ9>. Acesso em: 3 mai. 2023.

¹⁷¹ Disponível em: <https://wambier.com.br/stj-tst-carf-as-distintas-formas-de-julgar-repetitivos/>. Acesso em: 3 mai. 2023.

4.5.1.1. Orientação do plenário ou órgão especial

Por fim ainda vale registro que a orientação do plenário ou órgão especial possuem efeito vinculante com relação aos juízes e tribunais a eles vinculados.

Ponto relevante se levanta aqui já que na esfera criminal a competência atribuída tanto ao plenário quanto aos órgãos especiais é bastante ampla e definida pelos regimentos internos razão pela qual tal previsão tem o condão de formar um maior número de precedentes que os anteriores.

Com previsão contida nos arts. 5º ao 8º¹⁷², o Plenário do Supremo Tribunal Federal possui competência para julgar não apenas questões de ordem constitucional. Cabe ao órgão também o julgamento de ações penais e inquéritos de forma originária no âmbito penal.

No Superior Tribunal de Justiça o Plenário é dotado de maior competência administrativa. No entanto, a Corte Especial possui competência ampla para processamento e julgamento de várias ações, inclusive no âmbito criminal¹⁷³.

Diante da vastidão da competência destes órgãos é importante observar que nem toda decisão por eles proferida formará um precedente qualificado, apesar da redação do art. 927 do CPC. Naqueles processos em que há o julgamento de forma individual, que não configure repetitividade de casos e que não haja motivação qualificada e amplo debate, os efeitos da decisão não serão universalizados.

O art. 22 do Regimento Interno do STF¹⁷⁴ autoriza que o relator submeta um processo a julgamento perante o Plenário, dentre outras hipóteses, quando houver relevância na questão jurídica a ser julgada. Previsão idêntica pode ser observada no Superior Tribunal de Justiça, por força do conteúdo do art. 16¹⁷⁵.

¹⁷² Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 3 mai. 2023.

¹⁷³ Nesse sentido, conferir a redação do Regimento Interno. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/214/3913>. Acesso em: 3 mai. 2023.

¹⁷⁴ Art. 22. O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida.

Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo:

a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário;
b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.

¹⁷⁵ Art. 16. As Seções e as Turmas remeterão os feitos de sua competência à Corte Especial:

I - quando acolherem a arguição de inconstitucionalidade, desde que a matéria ainda não tenha sido decidida pela Corte Especial;

II - quando algum dos Ministros propuser revisão da jurisprudência assentada em súmula pela Corte Especial;

A remessa ao colegiado é medida bastante salutar, mas deve-se registrar que não há uma delimitação do que seja questão relevante. Por certo que a relevância deve ser aferida em questões que envolvam interesse geral sob a ótica econômica, política, jurídica ou social.

Para a legitimação e formação do precedente qualificado neste caso, é imprescindível que seja observada a verdadeira ampliação do debate, a democratização do processo com a possibilidade de interferência das partes no resultado final do julgamento, realização de audiências públicas e a intervenção de terceiros interessados.

No que toca à maioria dos recursos ou ações de competência do Plenário ou da Corte Especial serem abertos à intervenção de *amicus curiae*, a questão ainda guarda certa resistência quando se remete ao *habeas corpus*.

Como já visto neste trabalho, o *habeas corpus* ganhou centralidade nos últimos anos perante as instâncias ordinárias e extraordinárias diante do aumento da litigiosidade penal e da sua facilidade de manejo. É indene de dúvida que uma teoria de precedentes qualificados no âmbito criminal deve enfrentar a questão e superar o entendimento até então vigente no sentido de que tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal “possuem jurisprudência pacífica quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros no *habeas corpus*, seja na condição de *amicus curiae* ou como assistente de acusação¹⁷⁶”.

Nesse sentido é o enunciado n. 460 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “o *microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae*”.

É certo que a sumariedade do procedimento do *writ* não gera incompatibilidade com a intervenção de terceiros, que está associada ao princípio do contraditório, mas a depender do caso concreto pode ser afastada. No caso de réu preso, se a discussão implicar em um aumento considerável na marcha processual, deve-se optar por outro processo para firmar o precedente.

III - (Revogado pela Emenda Regimental n. 22, de 2016)

IV - quando convier pronunciamento da Corte Especial em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergência entre as Seções.

Parágrafo único. A remessa do feito à Corte Especial far-se-á independentemente de acórdão, salvo nos casos dos itens I e III.

¹⁷⁶ HC 411.123/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe de 22/06/2018.

O mesmo entendimento, no entanto, não deve ser aplicado para os *habeas corpus* coletivos que tutelam de forma indistinta uma quantidade indeterminada de pessoas ou grupo, classe ou categoria.

Nesse cariz, rememorando as ideias desenvolvidas ao longo da dissertação é salutar deixar registrado que a estruturação de uma teoria de precedentes representa um salto qualitativo na administração da Justiça brasileira.

O desdobramento de princípios e procedimentos compatíveis com a realidade processual e normativa já estruturada no país é urgente e não se coaduna com o mero espelhamento de previsões importadas do modelo do *common law*.

A compreensão de que o pragmatismo jurídico já não se coaduna com um processo democrático e constitucional deve firmar um novo paradigma que reconheça a complexidade do discurso jurídico e a necessidade de efetivação dos direitos sob uma perspectiva macro.

Uma releitura dos princípios norteadores do direito material e processual penal tem o condão de viabilizar a sedimentação de uma teoria de precedentes que ao invés de promover a indevida vulneração de princípios e garantias que tutelam a liberdade do indivíduo assegure a estabilidade e a coerência das decisões judiciais.

Compreender que a norma não se confunde com o texto normativo é primordial. Urge reconhecer que a decisão judicial não mais se limita à função de entregar uma solução ao caso concreto, ela deve promover a unidade do direito e servir para o fim da indeterminação do discurso jurídico.

Como visto, a previsão contida no Código de Processo Civil de 2015 abarca diversos instrumentos aptos à formação de precedentes qualificados. No entanto, diante do aumento evidente da litigiosidade criminal, especial atenção deve ser dispensada ao *habeas corpus*.

Marcado por uma longa tradição de luta pelo firmamento dos direitos individuais, o remédio reúne os requisitos necessários para a formação de precedentes qualificados.

Como demonstram os dados da Justiça brasileira, o Direito Penal é um ramo em plena ascensão. Os *habeas corpus* seguem em tendência de forte alta e fechar os olhos a essa realidade é o mesmo que negar todo o histórico evolutivo do instituto.

Por uma característica autêntica e bem nacional, o *writ* firmou-se com uma amplitude que não pode retroceder. Por sua natureza democrática, por seus requisitos

menos severos e por sua ritualística menos engessada os *habeas corpus* despontaram como via de acesso garantido à ordem jurídica.

Nessa nova realidade o processo penal passou a ser mais acessível a uma parcela da população que sempre foi esquecida e desamparada.

Apesar do crescimento nítido das impetrações cabe aos Poderes da República o manejo da situação, sem a promoção de um retrocesso ou mitigação dos direitos já conquistados. Assim, é inegável que haja uma previsão procedimental para o *writ* e que tal previsão não apequene o instituto.

Para além, é necessário que sejam objetivados os procedimentos do *habeas corpus* para suprimir o casuísmo imperante na jurisprudência dos tribunais e para que se evitem decisões contraditórias conferindo coerência, estabilidade e previsibilidade ao ordenamento.

5 – CONCLUSÃO

A crise numérica vivida pelo Poder Judiciário é evidente. As soluções normativas até então implementadas não geraram o impacto desejado, o que nitidamente vulnera os princípios da segurança jurídica, da igualdade e do respeito ao devido processo legal substancial.

A necessidade de uma releitura sistêmica do ordenamento e dos institutos a disposição da comunidade jurídica para o alcance de uma prestação judicial minimamente eficiente exige um esforço comum de todos os envolvidos no processo de prestação da jurisdição.

O aumento da litigiosidade na esfera penal trouxe a lume um indicativo perigoso de falência na prestação da tutela adequada e efetiva e expôs uma tendência à perpetuação dos julgamentos díspares para situações idênticas trazendo para o cotidiano judiciário a abominosa jurisprudência lotérica.

A presente pesquisa acadêmica se propôs ao estudo do *habeas corpus* e de sua aptidão para a formação de precedentes qualificados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista o protagonismo assumido pelo instituto nos últimos anos; à análise da compatibilidade dos princípios processuais penais com a teoria de precedentes mediante um enfoque renovado do próprio direito e da concepção de texto legal e norma; além de buscar respostas acerca da viabilidade da implementação de um modelo de precedentes qualificados no âmbito do processo penal brasileiro; e da suficiência da previsão contida no Código de Processo Civil sobre o tema.

No decorrer do trabalho os objetivos da pesquisa foram confirmados. O uso crescente do *habeas corpus* foi apontado e devidamente comprovado por meio das pesquisas realizada pelos órgãos oficiais.

Não obstante o aumento excessivo das impetrações, a defesa do instrumento processual é devida. Não raras vezes o *writ* é manejado de forma precipitada, sem o enfrentamento da tese jurídica pelo Tribunal de origem, em colidência com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ou em desacordo com os requisitos legais. Mas não se pode negar que nos últimos anos este valioso instrumento tem garantido um enorme avanço no reconhecimento de direitos fundamentais e vem promovendo uma verdadeira abstrativização das demandas subjetivas.

A própria jurisprudência vem flexibilizando o cabimento do remédio constitucional, conferindo-lhe inegável centralidade. O tempo e a prática jurídica forçaram uma interpretação bastante ampla acerca do instituto, que no Brasil sedimentou-se com maior extensão.

A marcha estabelecida para o *habeas corpus* já se direcionou para a frente. A adoção de uma jurisprudência meramente defensiva, que se limita ao não conhecimento das ações impetradas representa um retrocesso e implica a discussão acerca da necessidade de um marco regulatório para garantir o balizamento mínimo do instituto.

Nesse particular, foi alertado que uma lei regulamentadora do instituto deve pautar-se pela objetivação, pelo respeito aos princípios constitucionais mais comezinhos e pela sua natureza multifuncional.

A construção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está centrada no subjetivismo, na opinião pessoal que cada julgador tem sobre o tema em análise e deve ser lapidada para firmar limites objetivos e claros para o remédio heroico de forma a viabilizar julgamentos dotados de racionalidade, segurança e certeza.

Como mencionado na dissertação, há inúmeros exemplos de teses que foram firmadas no âmbito estreito do *habeas corpus* que projetaram seus efeitos de forma bastante ampla. Tal constatação revela que o ordenamento jurídico nacional já enfrenta um processo de mudança de uma jurisprudência meramente persuasiva para uma vinculante.

No entanto, essa realidade está pautada por grande insegurança e desigualdade já que as decisões não são prolatadas dentro do rigorismo de uma teoria estruturada e estão sujeitas a mudanças repentinas, abandono, alterações injustificadas e falta de uniformidade.

Nesse particular, conclui-se que o *habeas corpus* é instrumento apto à formação de precedentes qualificados, com as adaptações necessárias ao resguardo do tempo razoável, da vinculação aos fatos narrados no processo, da abertura a um necessário diálogo social, do contraditório ampliado e publicidade dos atos processuais.

Ao longo do trabalho também foi confirmada a compatibilidade dos princípios regentes do direito penal e processual penal com o estabelecimento de precedentes qualificados. Verificou-se que a legalidade penal não é vulnerada tendo em vista que a norma não se confunde com o texto normativo e que ela surge através do significado

que lhe é dado por um processo interpretativo racional. Contrariamente ao entendimento vigente no positivismo, a decisão judicial agora supera a função de resolver apenas um determinado litígio para promover a unidade do direito por meio da redução da indeterminação do discurso jurídico.

Importante conclusão surgiu no trabalho ao enfrentar a compatibilidade de uma teoria de precedentes com a independência funcional dos magistrados. É importante deixar muito claro que a independência a eles conferida reside no campo da política, ela pode ser traduzida como a garantia de liberdade na tomada de decisões livre de pressões ou influências externas. Ela não pode representar uma carta branca ao autoritarismo e à anarquia. O magistrado está sujeito ao regramento constitucional e à toda sua arquitetura.

Se a Constituição confere a um determinado órgão a competência para unificar a interpretação do texto constitucional (STF) e infralegal (STJ), é mandatório se observar tais entendimentos. A reflexão pessoal do julgador não pode acarretar prejuízo às partes. É o magistrado quem está a serviço do cidadão e não o contrário.

Os dados apontados por uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) revelam claramente que a magistratura nacional não compreende com clareza seu papel institucional e que essa dificuldade tem gerado oscilações jurisprudenciais causadoras de desigualdade e insegurança.

Da presente dissertação também se afere que até os dias atuais o Superior Tribunal de Justiça não se firmou como uma Corte de Interpretação, o que impede a estruturação de uma teoria de precedentes. Ainda é corrente e forte o entendimento de que o Tribunal deve exercer uma atividade meramente corretiva em relação aos Tribunais pátrios. Essa visão infelizmente ainda encontra bastante acolhida e representa uma ameaça à perpetuação de uma cultura jurisprudencial qualificada no país.

Nessa linha intelectual tem-se que a adoção de uma teoria de precedentes qualificados tem o condão de conferir mais racionalidade, igualdade, previsibilidade, estabilidade e efetividade ao ordenamento. Mas deve-se atentar para as particularidades do sistema judiciário brasileiro. A mera importação de institutos que foram idealizados na tradição do *common law* certamente não tem aplicabilidade por aqui.

A imposição de tratamento igualitário a situações semelhantes é medida que traz pacificação social e estabilidade.

No entanto, a despeito da previsão contida no art. 927 do Código de Processo Civil, a sua insuficiência desponta. É necessária a estruturação de uma teoria de precedentes nacional que atenda às particularidades do direito material e processual penal vigentes.

Assim, as reflexões contidas neste trabalho têm relevância e aplicabilidade prática, com potencialidade de trazer uma melhora substancial no sistema judiciário brasileiro. Há um caminho a ser percorrido no sentido de perpetuação de uma teoria de precedentes, mas é um caminho frutífero, que traz benefícios a toda uma coletividade e tem a aptidão de consolidar o princípio democrático.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Dos assentos aos precedentes e sua inconstitucionalidade*. Revista de Direito Processual Civil, ISSN 2674-5623, v. 2, n. 1, jan./jun. 2020.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis*. Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 295-316, jul./dez. 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte de. *Súmula vinculante: o precedente como fonte de direito*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 3 ed. São Paulo: RT, 2018.

BARBOSA, Claudia Maria e BASTOS, Elson Pereira de Oliveira. *Precedentes obrigatórios, desenvolvimento e segurança jurídica*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 1. Janeiro a Abril de 2018.

BARBOSA, Maria Bueno. *O instituto do habeas corpus e os direitos humanos*. Virtuajus. Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, v. 01, p. 01/07, 2005. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Maria.pdf. Acesso em: 17 set. 2022.

BARROS, Fabrício Barbosa. *Considerações jurídicas para uma regulamentação do habeas corpus no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do habeas corpus e a experiência do amparo nacional na Argentina*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 180. Ano 29, p. 113-136. São Paulo: RT, junho 2021.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O papel criativo dos Tribunais*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; DINAMARCO, Cândido Rangel; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FUX, Luiz (Coord.). Estudos de direito processual em homenagem a Paulo César Pinheiro Carneiro. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene e commento di voltaire [1764]*. Roma: Newton Compton Editori, 2012.

BEDÊ JUNIOR, AMÉRICO. Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio

Schietti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no IRDR, no RE e Resp repetitivos: suíte em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim*. In: DANTAS, Bruno et al. *Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência após o primeiro ano de vigência do novo CPC*. Em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2017.

BUSANA, Dante. *O habeas corpus no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMINKER, Evan H. *Why must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?* Stanford Law Review, v. 46, n. 4, p. 817-873, 1994.

CAMPOS, Antonio Macedo de. *Habeas Corpus. Doutrina. Prática. Legislação*. Bauru: Jalovi, 1982.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Com referencia a los ordenamientos alemán, suizo e austríaco. Trad. Hector Fix Zamudio. Lima: Palestra, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro, José Konfino, 1949.

CHIARLONI, Sergio. Um mito rivisitato: note comparative sull'autorità del precedente giurisprudenziale. *Rivista di Diritto Processuale*, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires Coelho. *As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: COSTA, José Augusto; ANDRADE, José Maria. *Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2013.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, Coimbra, 1959, v.1.

- DOTTI, René Ariel. *O projeto do novo código de processo penal e as garantias essenciais do habeas corpus*. In Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 221, p. 02-03, abr., 2011.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1996.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro, Rio, 1980.
- FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Incidente de assunção de competência: caracterização do instituto e sua aplicação no STJ. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto; PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga (coords.). *Processo nos tribunais e meios de impugnação das decisões no CPC*. Fortaleza: Mucuripe, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. Legalidad civil y legalidade penal. Sobre la reserva de código em materia penal. Trad. Nicolás Guzmán. In: FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Miguel Carbonell (ed). Madri: Trotta, 2008.
- GALVÃO, Danyelle. *Precedentes judiciais no processo penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. 2.ed. São Paulo: Tirant lo Banch, 2022.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- HÄRBELE, Peter. *Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo*. Direito Público, Brasília, n. 13, 2006
- HART, H. L. A. *O conceito de direito* [1961]. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- HASSEMER, Winfried. *Direito Penal. Fundamentos, Estrutura, Política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- HOGUE, Arthur. *Origins of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 1986.
- HOLANDA, Marcos de. *O habeas corpus ao alcance de todos*. Fortaleza: ABC, 2004.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 6ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LEGALE, Siddharta. *Superprecedentes*. Revista Direito GV, v. 12, n. 3, set/dez. 2016.

MACCORMICK, Neil. *Can stare decisis be abolished?* Judicial Review, 1966.

MACÊDO. Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 4 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA. Judith. *O direito privado como um "sistema em construção"*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 15. Porto Alegre: 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro, Forense, 1965. v. 4.

MASSAU, G. C. *A história do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português*. Revista Ágora (Vitória), v. 7, p. 1-33, 2008. Disponível em: http://www.ufes.br/ppghis/agora/Documentos/Revista_7_PDFs/Guilherme%20Camarago%20Massau.pdf. Acesso em: 8 set. 2022.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio Passos Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz (org.). *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MIRANDA, Pontes de (Francisco Cavalcante). *História e prática do habeas corpus*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2007. t.I.

MITIDIERO. Daniel. *Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo. Vol. 245 (julho de 2015)

MORELLO. Augusto M. *Constitución y proceso*. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Libreria Editora Platense. 1998.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9.ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

NUCCI. Guilherme de Souza. *Habeas Corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEIXOTO. Ravi. *O sistema de precedentes desenvolvido pelo CPC/2015*. Uma análise sobre a adaptabilidade da distinção (distinguishing) e da distinção inconsistente (inconsistent distinguishing). Revista de processo. V. 248. São Paulo: Ed. RT, out./2015.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Cleifson Dias; NEVES, Luiz Gabriel Batista. *A nova interpretação do Superior Tribunal de Justiça ao artigo 226 do Código de Processo Penal: comentários ao acórdão proferido no Habeas Corpus 712.781/RJ*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 192. ano 30. p. 407-427. São Paulo: Ed. RT, setembro-outubro/2022.

POSTEMA, Gerald. Classical Common Law Jurisprudence (Part 1). Oxford University Commonwealth Law Journal, vol II, n. 02, inverno de 2002.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RAMIREZ, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

RAMOS, J. G. G. *Habeas corpus: histórico e perfil no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 31, 1999. Disponível em: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewPDFInterstitial/1865/1560>. Acesso em: 19 set. 2022.

REIS, José Alberto dos. Código de Processo Civil anotado. V. 6. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

RIGAUX, François. A lei dos juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Conselho Nacional de Justiça e independência do Judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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.

SGUBBI, Filippo, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*. Il Mulino, 2019

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. *Do amicus curiae ao método da sociedade aberta dos intérpretes*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 43, p. 22-30, out./dez. 2008.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um Processo Penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência: aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador, Juspodivm, 2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2013.

STRÄTZ, Murilo. “*Precedentes vinculantes à brasileira?*”. Teoria Jurídica Contemporânea [Online], Volume 1 Número 2 (25 julho 2017)

STRECK, Lenio Luiz. Porque os commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, Senso Incomum, 22 set. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em: 3 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. SANTOS, Igor Raatz dos. MORBACH, Gilberto. *Da genealogia dos mecanismos vinculantes brasileiros: dos assentos portugueses às “teses” dos Tribunais Superiores*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. V. 14, n. 1/2019 e37204

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.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 18 abr. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 7, n. 70, p. 117-132, jul. 2018.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 6.ed. São Paulo, Saraiva, 1989. v.2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25.ed. São Paulo, Saraiva, 2003. v.4.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo, Saraiva, 1978.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial. In *Direito Jurisprudencial* (Coord. Teresa Arruda Alvim). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza e NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro. Forense. 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012.

ZANET JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021.