

**UNIVERSIDADE TIRADENTES
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS**

HÉRCULES MATHEUS SANTOS SILVA

**IGUALDADE, DIREITOS HUMANOS E PRODUÇÃO
JUDICIAL: O CABIMENTO DO INCIDENTE DE
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO
PROCESSO PENAL**

Autor: Hércules Matheus Santos Silva
Orientador(a): Flávia Moreira Guimarães Pessoa

**ARACAJU, SE - BRASIL
SETEMBRO/2022**

**IGUALDADE, DIREITOS HUMANOS E PRODUÇÃO JUDICIAL: O CABIMENTO
DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO
PENAL**

HÉRCULES MATHEUS SANTOS SILVA

DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE TIRADENTES COMO PARTE DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITOS HUMANOS.

Prof. (a) Dr. (a). Flávia Moreira Guimarães Pessoa.

**ARACAJU/SE
SETEMBRO/2022**


**IGUALDADE, DIREITOS HUMANOS E PRODUÇÃO JUDICIAL: O CABIMENTO
DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NO PROCESSO
PENAL**

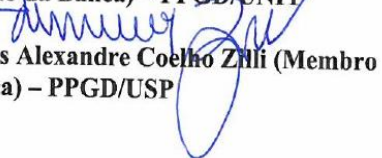
HÉRCULES MATHEUS SANTOS SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO SUBMETIDA À BANCA EXAMINADORA
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE EM DIREITOS HUMANOS

Aprovada por:


Prof. (a) Dra. Flavia Moreira Guimarães Pessoa
(Orientadora) – PPGD/UNIT


Prof. (a) Dra. Grasielle Borges Vieira de Carvalho
(Membro Interno da Banca) – PPGD/UNIT


Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli (Membro
externo da Banca) – PPGD/USP

ARACAJU/SE
SETEMBRO/2022

Gislene Maria S.
5/1410

S586p

Silva, Hercules Matheus Santos

Igualdade, Direitos Humanos e produção judicial: o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo penal/ Hercules Matheus Santos Silva; orientação [de] Prof.ª Dr.ª Flávia Moreira Guimarães Pessoa - Aracaju: UNIT, 2022.

Dias CRB-

197 f; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Tiradentes 2022

1.Direitos Humanos. 2. Favor libertatis 3. IRDR 4. Isonomia 5. Precedentes 6. Processo Penal I. Silva, Hercules Matheus Santos. II. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães (orient.). III. Universidade Tiradentes. IV. Título.

CDU: 347.91/95

“E ele me ensinava e me dizia: Retenha o teu coração as minhas palavras; guarda os meus mandamentos, e vive.

Adquire sabedoria, adquiere inteligência, e não te esqueças nem te apartes das palavras da minha boca.

Não a abandones e ela te guardará; ama-a, e ela te protegerá.

A sabedoria é a coisa principal; adquiere pois a sabedoria, emprega tudo o que possuis na aquisição de entendimento.

Exalta-a, e ela te exaltará; e, abraçando-a tu, ela te honrará.”

(Provérbios 4:4-8).

Agradeço a Deus por todas as bênçãos e ensinamentos, e por saber que até aqui sempre me acompanhou e protegeu.

Dedico a Jesus, o maior militante de Direitos Humanos que a terra já conheceu.

E estendo a dedicatória a todas as pessoas que labutam diariamente por uma sociedade mais justa, fraterna e digna. A todos os que lutam pelos direitos humanos e que buscam incessantemente a efetiva igualdade entre toda e qualquer pessoa.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Iraci e Jonas (*in memoriam*), por todo amor e ensinamento a mim empenhados.

As minhas irmãs Thais e Mickaely, pelo apoio dispensado nesta trajetória.

Ao meu mentor e grande amigo Alex Maia, por ter me ensinado a essência prática do Direito e, com toda paciência e humildade, apresentado uma bela direção no meu caminho acadêmico e profissional.

Aos meus pequenos João Pedro, Enzo Gabriel e Anne Marry, por sempre me lembrarem da existência do amor puro e genuíno.

Ao meu cunhado Gesley pelo estimado apoio.

À professora Flávia Moreira Guimarães Pessoa pela atenção, confiança, rigor e profissionalismo em sua orientação, imprescindíveis à construção desta dissertação.

Aos professores Henrique Ribeiro Cardoso e Diogo de Calasans Melo Andrade, pelas estimadas contribuições promovidas à esta pesquisa na etapa de qualificação.

Aos professores Marcos Alexandre Coelho Zilli e Grasielle Borges Vieira de Carvalho, pela honra de aceitarem o meu convite para participar da banca de defesa desta dissertação.

Aos colegas do Ministério Público de Sergipe pelo apoio e companheirismo.

À Universidade Tiradentes pelo acolhimento da graduação ao mestrado.

RESUMO

A presente pesquisa acadêmica busca demonstrar a compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um procedimento essencialmente do processo civil, com os processos seriais criminais, sob o prisma do princípio da igualdade enquanto legítimo direito humano. Essa proposta parte do intento de alcançar a minimização do cenário anti-isonômico no meio jurídico pátrio que gera evidentes prejuízos aos jurisdicionados, como intranquilidade social, fragmentação do sistema e descrédito do Poder Judiciário. A cultura demandista, cujo crescimento fora alavancado nas últimas décadas, em quantidade superior àquela suportada pelo Poder Judiciário, projetou uma externalidade negativa das produções judiciais, reverberando especialmente na oferta de resposta rápida e massificada (*fast track* processual). Esse cenário desfavorece o exame acurado e criterioso das lides judicializadas e abre espaço para a ocorrência de arbitrariedades, dando margem a uma produção judiciária igualmente massiva e de conteúdo dispersivo, descompromissada com o ideal de unidade exegética, imprescindível à solidificação da segurança jurídica e tratamento isonômico dos jurisdicionados, especialmente em processos penais cuja tratativa incidirá necessariamente no direito à liberdade dos indivíduos. Apresenta-se, desta forma, um diálogo entre o processo civil e penal e os diplomas internacionais que consagram a igualdade como um direito universal, inerente a todos os seres humanos, assim como a premissa de igualdade de todos perante a lei, proclamada constitucionalmente no Brasil. Uma hermenêutica desse mencionado dispositivo transcende a ideia de isonomia confinada à norma legislada, de eficácia abstrata e impessoal, e estende-se a norma judicada, originada através da submissão ao crivo e interpretação do judiciário, pois a *práxis* brasileira revela um panorama no qual essa nuance do direito à igualdade não resta plenamente assegurada, ensejando o deletério tratamento desigual a situações iguais, mormente nos casos que envolve mesma questão de direito, como ocorre nas demandas seriais e processos isomórficos. A solução para essa questão transita pelos dois grandes grupos de ordenamento jurídicos ocidentais oriundos do direito romano, sendo o *common law*, aderido pelos países de tradição precedentalista, e o *civil law*, agregado aos países da família romano-germânica, cujo perfil é de matriz positivada, como no caso do Brasil. Isso porque o CPC/2015, com vistas a combater o ambiente de dispersão excessiva da jurisprudência que gradualmente fora instalado nos tribunais pátrios, ofertou técnicas e instrumentos idôneos que prestigiam os precedentes judiciais e potencializam sua eficácia, objetivando a preservação da unidade interpretativa do Direito. Dentre estes meios processuais, sobreleva-se atenção ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e seus pressupostos – “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito, risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” – pois consagram força vinculativa ao acórdão proferido, de modo que a tese jurídica através dele fixada projetará eficácia vertical e horizontal em face dos órgãos jurisdicionais e, além disto, irradiará aos casos futuros que tratem da mesma questão de direito. Essa notável eficácia expansiva da tese jurídica firmada em IRDR ocupa posição destacada, neste ensaio teórico, no espectro do esforço geral contra as produções judiciais plurívocas que afetam garantias dos indivíduos que protagonizam o papel de réu no processo penal. Apresenta-se como vetor de interpretação normativa a partir da instauração deste incidente em seara criminal o princípio do favor rei ou *favor libertatis*, de modo que nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação seja escolher a interpretação mais favorável ao réu. Nesta perspectiva, enfatiza-se o direito humano à isonomia, o qual deve figurar como diretriz material das decisões judiciais.

Palavras-chave: Direitos Humanos. *Favor Libertatis*. IRDR. Isonomia. Precedentes. Processo Penal.

ABSTRACT

The present academic research seeks to demonstrate the compatibility of the Repetitive Claims Resolution Incident, a procedure essentially of the civil process, with the criminal serial processes, under the prism of the principle of equality as a legitimate human right. This proposal starts from the attempt to achieve the minimization of the anti-isonomic scenario in the country's legal environment that generates evident damages to the jurisdictions, such as social unrest, fragmentation of the system and discredit of the Judiciary. The demandist culture, whose growth has been leveraged in recent decades, in an amount greater than that supported by the Judiciary, projected a negative externality of judicial productions, reverberating especially in the offer of rapid and mass response (fast track procedural). This scenario does not favor the accurate and judicious examination of judicial proceedings and opens space for the occurrence of arbitrariness, giving rise to an equally massive judicial production with dispersive content, uncompromising with the ideal of exegetical unity, essential for the solidification of legal certainty and isonomic treatment. jurisdiction, especially in criminal proceedings whose treatment will necessarily focus on the right to freedom of individuals. In this way, a dialogue is presented between civil and criminal proceedings and international diplomas that enshrine equality as a universal right, inherent to all human beings, as well as the premise of equality of all before the law, constitutionally proclaimed in the Brazil. A hermeneutics of the aforementioned device transcends the idea of isonomy confined to the legislated norm, of abstract and impersonal effectiveness, and extends to the judicial norm, originated through submission to the sieve and interpretation of the judiciary, as Brazilian praxis reveals a panorama in which this nuance of the right to equality is not fully assured, giving rise to the deleterious unequal treatment of equal situations, especially in cases involving the same issue of law, as in serial demands and isomorphic processes. The solution to this question passes through the two large groups of western legal systems originating from Roman law, with the common law, adhered to by countries with a precedential tradition, and the civil law, added to the countries of the Roman-Germanic family, whose profile is of matrix positive, as in the case of Brazil. This is because the CPC/2015, with a view to combating the environment of excessive dispersion of jurisprudence that was gradually installed in national courts, offered suitable techniques and instruments that prestige judicial precedents and enhance their effectiveness, aiming at preserving the interpretative unity of Law. Among these procedural means, attention is drawn to the Incident of Resolution of Repetitive Demands and its assumptions - "effective repetition of processes that contain controversy on the same issue solely of law, risk of offense to isonomy and legal certainty" - as they enshrine force binding on the judgment rendered, so that the legal thesis established through it will project vertical and horizontal effectiveness in the face of Organs courts and, in addition, will radiate to future cases that deal with the same question of law. This remarkable expansive effectiveness of the legal thesis established in IRDR occupies a prominent position, in this theoretical essay, in the spectrum of the general effort against plurivocal judicial productions that affect guarantees of individuals who play the role of defendant in criminal proceedings. The principle of favor rei or favor libertatis is presented as a vector of normative interpretation from the establishment of this incident in the criminal field, so that in cases where a univocal interpretation is not possible, but it is concluded by the possibility of two antagonistic interpretations of a legal norm (interpretative antinomy), the obligation is to choose the interpretation most favorable to the defendant. In this perspective, the human right to equality is emphasized, which must appear as a material guideline of judicial decisions.

Keywords: Human Rights. *Please Libertatis*. IRDR Isonomy. precedents. Criminal proceedings.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 SISTEMA PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS	18
1.1 Sociedade e Estado como contexto formativo dos direitos humanos	21
1.2 Dimensões dos direitos humanos e seus atributos	26
1.3 Destacados diplomas normativos internacionais	31
1.4 A projeção do marco internacional no ordenamento brasileiro: seu delineamento constitucional	37
2. A PROMOÇÃO DA IGUALDADE COMO DIREITO HUMANO UNIVERSAL	45
2.1 Escorço histórico da igualdade	45
2.2 Possíveis âmbitos de incidência: igualdade na criação legislativa, perante a lei e no momento aplicativo	51
2.3 A abordagem dos Direitos Humanos no Processo Penal: a tensão entre isonomia e instabilidade judicial	56
2.4 A requalificação do princípio constitucional da igualdade através do alcance de um padrão interpretativo	67
3. O ADVENTO DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES.....	73
3.1 Aspectos propedêuticos acerca dos precedentes	73
3.2 A convergência entre os sistemas <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i>	83
3.3 Os aportes do sistema precedentalista na prática judicial brasileira	88
3.4 A busca por uma cultura de observância do precedente no ordenamento pátrio	90
3.5 Atributos da produção judicial com o advento do novo Código Processual Civil: coerência, integridade e estabilidade	95
3.6 O precedente judicial na dimensão da igualdade	100

3.7 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) como modalidade de precedente	103
4. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NO ORDENAMENTO JURÍDICO: POSSIBILIDADES E LIMITES DE INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL	109
4.1 Decisões vinculantes no processo penal	109
4.2 Exame casuístico de decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal em seara penal .	117
4.3 A formação da tese jurídica vinculante através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	128
4.3.1 Funcionalidade sistêmica: promoção da igualdade e segurança jurídica na função judicial	137
4.4 A inobservância da isonomia na produção judicial do atual cenário brasileiro: casos penais emblemáticos	142
4.5 O ponto de interseção aplicativa entre o processo civil e o processo penal	148
4.6 O cabimento qualificado do IRDR no processo penal	155
4.6.1 O <i>Favor Libertatis</i> como princípio norteador de interpretação no Processo Penal: sua influência na tese a ser fixada no IRDR criminal	163
4.6.2 Peculiaridades do procedimento do rito do IRDR na seara criminal: a problemática questão da suspensão do prazo prescricional	165
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	180

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, especialmente a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, se verificou uma valorização dos princípios democráticos e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Esse cenário potencializou de modo significativo o acesso à justiça e, por consequência, uma desmensurada reivindicação de direitos através da judicialização.

O crescimento populacional, o incremento da atividade econômica, o surgimento de novas tecnologias e, de modo geral, as alterações do contexto socioeconômico no Brasil originaram o fenômeno dos conflitos de massa.

Essa nova conjectura repercutiu diretamente no âmbito do Poder Judiciário, ocasionando problemas à prestação da tutela jurisdicional adequada, especialmente quando há dissenso, por um mesmo tribunal ou pelos tribunais superiores, quanto a interpretação de uma mesma norma jurídica ou um idêntico caso.

Um ordenamento jurídico que consente a coexistência de decisões divergentes para casos análogos gera um ambiente de insegurança jurídica, além de promover um tratamento desigual dos jurisdicionados que se encontrem numa mesma circunstância jurídica. Por consequência, enseja o desprestígio e descrédito do Poder Judiciário.

A exigência de certeza, previsibilidade, confiabilidade e coerência das decisões judiciais privilegia os princípios da segurança jurídica e isonomia¹, de modo a afastar antagonismos, dispersão, graves oscilações ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou instabilidades pessoais do julgador².

Não há processo efetivo e ordem jurídica justa caso a atividade jurisdicional limite-se a opiniões isoladas e independentes de cada julgador, pois prejudicará a função do Poder Judiciário de balizador de padrões jurídicos e condutas sociais, na qualidade de instituição constitucional.

O acesso à justiça, assim, estaria comprometido pela quantidade de demandas e discrepância nas decisões sobre mesma matéria, em descompasso com o constitucional princípio da igualdade³.

Eis que emerge a base teórica da pesquisa através de uma abordagem da igualdade, enquanto direito humano, e sua aplicação nas demandas sociais. A sua aplicação, na realidade

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5, p. 4-5.

² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. In: *RePro*. São Paulo: ed. RT, n. 179, jan., 2010, p. 149.

³ TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial – autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2010, p. 121, 122 e 123.

jurídica pátria, abrange não só uma perspectiva jurídica de Direitos Humanos, mas também alcança concepções morais e éticas que circundam esse tipo de garantia.

A igualdade é concebida como um direito humano desde as concepções aristotélicas, entretanto, ganhou maior visibilidade no plano internacional a partir da vigência de importantes instrumentos de regência como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual prevê o direito a igualdade quando dispõe que todos “(...) nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (art. 1º).

De igual forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, cuja ratificação, no Brasil, ocorreu em 1992, e dispõe em seu art. 26 sobre o direito geral de igualdade, quando afirma que “todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei”.

Esses diplomas consagram uma mútua influência entre a tradição europeia que anuncia o direito a igualdade como um paradigma “perante a lei” e a perspectiva estadunidense da *equal protectiton*⁴.

A Constituição Federal do Brasil, por sua vez, ao prever a isonomia como direito fundamental (art. 5º, *caput*), assegura tratamento igualitário, inclusive no âmbito dos processos judiciais. Assim, considerando enfaticamente esta previsão, o tratamento diferenciado nas demandas judiciais só poderá existir através de um fator legítimo de *discrímen*, ou, noutras palavras, uma circunstância que justifique esta distinção.

O reflexo deste direito humano no âmbito processual pátrio assevera a exigência de um tratamento paritário não apenas entre as partes que compõem a lide, mas também no que se refere os direitos discutidos perante a autoridade judicial.

Nesta senda, a igualdade no processo ou, numa melhor colocação, perante o processo, pressupõe o dever de ser empregado um tratamento isonômico entre as demandas e seus respectivos jurisdicionados ou a aquiescência de tratar situações idênticas ou similares de forma igualitária.

Isso quer dizer que uma mesma norma, ao ser analisada sob as mesmas premissas fáticas e jurídicas, deve gerar idênticos efeitos, pois a concretização da isonomia no processo de realização do direito importa assumir que a mesma regra jurídica incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo contexto histórico, produza os mesmos efeitos⁵.

⁴ CRUZ, Luis Ferreira Mendonça. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 16.

⁵ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 564.

Assim, para que as premissas de preponderância da lei e da igualdade de todos perante ela operem de modo consistente, harmônico e efetivo, faz-se necessário impedir que a isonomia não se restrinja a norma apenas enquanto posta abstratamente no ordenamento, mas também que ressurja perante a passagem do texto legal pelo crivo do judiciário.

No atual estágio do equilíbrio entre os poderes no Brasil, pode-se dizer que a norma legal, formalmente aprovada no Parlamento, sancionada e promulgada pelo Executivo, obtém seu real significado – extensão e compreensão – a partir do pronunciamento que dela advenha pelos Tribunais, mormente os de vértice ou cúpula – na trilha de uma teoria unitária de formação do Direito.

E é perante esse renovado ambiente de integração e complementariedade entre o Direito posto e sua interpretação que vem a se inserir, no ordenamento jurídico brasileiro, premissas influenciadas por outras matrizes jurídicas, especialmente àquele oriundo do *common law* o qual, por milenar influência do *equity*⁶, sobreleva a diretriz do tratamento isonômico aos casos judicializados (*treat equal cases alike*).

O sistema jurídico brasileiro, filiado à família romano-germânica, labora com o fato de que o ordenamento positivo não consegue captar todas as ocorrências relevantes, de modo que a própria norma credencia elementos hábeis a colmatar tais lacunas e vazios, chamado de meios de integração – analogia, costumes e princípios gerais.

A razão de apresentar este recorte sobre as duas grandes famílias jurídicas ocidentais é que ele pode resumir o que se pretende indicar como meio de resolução para as concausas da dispersão excessiva da jurisprudência.

Essa situação conflituosa que reclama a busca de meios que a minimizem é sobrelevada, de um lado, pelo demandismo judiciário exacerbado, à sua vez insuflado por fatores diversos, tais como a produção legislativa desenfreada, que desnorteia os destinatários

⁶ O instituto não é sinônimo de justiça, ainda que se busque perante ele o alcance da equidade. Nesse passo, Marcos Alexandre Coelho Zilli discorre, citando Black, que a *equity* é orientada sobretudo por um critério de justiça, fundada em um sistema de regras e princípios originários da Inglaterra que se opôs as regras rígidas da *common law*. (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho Zilli. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 89/90). Instituto criado para corrigir os excessos ou o mau funcionamento da *common law*. Como, na Inglaterra, os tribunais reais estavam obrigados a observar processos rígidos e não contavam com instrumentos adequados para essa correção, o mau funcionamento somente poderia ser corrigido externamente, baseado na lei moral. “Ocorre que, nas ilhas inglesas, o desaparecimento das jurisdições senhoriais tornou imprescindível o surgimento de outro mecanismo judiciário que alcançasse as matérias que escapavam da alçada da restrita competência das jurisdições reais. Segundo Roland Sèroussi, a parte prejudicada e insatisfeita com o formalismo acentuado da *common law* passou a recorrer, em casos excepcionais, diretamente ao rei, por intermédio do Chanceler, então seu confessor e sua consciência. Mais adiante, no século XV, este ganhou cada vez mais autonomia, ao tempo em que sua intervenção era cada vez mais solicitada. O Chanceler passava a decidir os casos com normas mais morais do que jurídicas, razão pela qual esta jurisdição passou a ser reconhecida como *equity*. Não estava vinculada aos tipos de writs, flexibilidade esta que permitia introduzir novos direitos e novas soluções. Isso, por outro lado, gerava incerteza, na medida em que tudo dependeria dos critérios morais adotados pelo Chanceler.” (LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Sistema de Precedentes como Manifestação do Princípio da Eficiência**. PPGD – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016. p. 30).

da norma e confunde os operadores do direito responsável por aplicá-las, e, de outro lado, a já mencionada leitura irrealista da garantia do acesso à justiça.

Diante deste panorama, recolhe-se a noção de que os tribunais normalmente devem seguir seus posicionamentos anteriores, isto é, seguir um precedente ao decidir os casos sob sua jurisdição. Esta é uma das principais características da função adjudicatória nos sistemas jurídicos do *common law*.

Uma definição de precedentes que, em sentido amplo, soa pouco polêmica, é aquela na qual o precedente funcionaria como um modelo para tomada de decisão em casos subsequentes. O embate quanto a esta acepção é que ela parece não alcançar aquilo que é a principal característica de um precedente: *constranger*, em determinadas condições, os julgadores a seguir decisões anteriores com as quais eles não concordam.

A doutrina precedentalista envolve muito mais do que a possibilidade de aprender com o passado. Sob sua égide é legítimo esperar que um tribunal subsequente decida questões do mesmo modo que o tribunal precedente decidiu anteriormente, mesmo que a composição do órgão tenha mudado ou que seus membros tenham alterado o entendimento acerca de um tema.

Esse arcabouço teórico é destacado, na presente pesquisa, à formação do precedente judicial no processo penal. A urgência de debate sobre o dissenso pretoriano quanto a matérias e questões de direito ligadas a seara criminal justifica-se em razão da repercussão que alcança o direito de liberdade do indivíduo, além de se verificar uma contraposição ao direito à isonomia processual inerente aos jurisdicionados, sendo esta garantia aqui registrada como autêntica previsão de direito humano.

De igual forma, a legalidade, enquanto garantia do direito e do processo penal, pouco significará se o intérprete ou os órgãos jurisdicionais não encontrarem limites quanto aquilo que se pode dizer sobre o sentido e o conteúdo das normas. A lei é fator fundamental de segurança jurídica e, no âmbito do direito penal, um guia orientador de condutas⁷.

Nesse passo, a adoção de um sistema de precedentes judiciais cuja amplitude alcance as demandas cíveis e criminais certamente contribuirá para a manutenção de uma ordem jurídica estável, previsível e isonômica.

O desalinho do CPC/1973 com essa conjuntura fez com que juristas e operadores do direito despendessem argumentações e justificativas que logo mais se tornaram numa urgente conclusão: o sistema processual brasileiro, obsoleto e ineficiente, reclamava um

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 19.

aperfeiçoamento, uma alteração, uma reforma, especialmente no que se referia a uniformização da jurisprudência.

A resposta apresentada a essa disfunção procedimental foi o Código de Processo Civil de 2015. Originado para fornecer, dentre outras respostas, um tratamento racional à variabilidade jurisprudencial enquanto fenômeno processual, o novel diploma estendeu a sistemática do julgamento por amostragem – então reservada ao STJ e STF – aos tribunais de justiça e aos tribunais regionais federais.

Desta feita, os mencionados órgãos jurisdicionais, passaram também a desempenhar legítima função na uniformização do direito mediante a prolação de decisões com ampla reverberação e efeito vinculante.

Um dos métodos que protagonizam essa incumbência, no CPC/2015, é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Essa técnica permite estabelecer uma coerência nas decisões judiciais antes mesmo da intervenção ou manifestação dos tribunais superiores sobre a matéria de direito controvertida ou repetitiva.

O traço nevrálgico deste instituto consiste em sua capacidade de conferir estabilidade, e ofertar padrões e confiança, predicados que certamente irão balizar julgamentos futuros, seja pelos tribunais estaduais, regionais federais e superiores.

A proposta desta pesquisa, então, é estender a utilização deste instituto às demandas processuais penais, estabelecendo um diálogo entre as fontes por meio de uma leitura conjunta do vetusto CPP à luz da Constituição Federal e do vanguardista CPC/2015.

Há de se destacar, neste ponto, que mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil, a jurisprudência já era pacífica quanto a aplicabilidade das disposições do CPC/73 ao CPP.

Posto isso, reitere-se que o Código de Processo Penal, em seu artigo 3º, admite expressamente a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Seguindo essa linha construtiva, o capítulo inaugural da dissertação centra-se em abordar o sistema protetivo de direitos humanos. A abordagem perpassa pela compreensão da evolução sociológica, filosófica e jurídica destes direitos, fazendo-se um conectivo entre esses diferentes caminhos evolucionais até se chegar aos atuais diplomas de cunho internacional, os quais posteriormente foram aderidos pelo sistema jurídico interno brasileiro.

O segundo capítulo avulta-se a concepção do direito humano a igualdade e sua atual alocação nos textos que disciplinam as garantias inerentes a todos os seres humanos. Parte-se,

então, do seu esforço histórico e eleva seu âmago as fases de criação legislativa, perante a norma e no momento de sua aplicação.

Por conseguinte, ambienta-se o direito humano à isonomia nas relações processuais do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se um panorama de instabilidade das produções judiciais em âmbito processual penal descompassadas com os Direitos Humanos, em especial à igualdade, realizando uma conexão com a proposta epistemológica desta pesquisa.

O terceiro capítulo examina o sistema precedentalista oriundo das práticas forjadas no *common law*. Neste passo, é promovido um intercâmbio deste instituto com as práticas do direito codificado herdado pela tradição romano-germânica, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa interação entre as duas grandes famílias jurídicas ocidentais mostra-se imprescindível à compreensão dos aportes do sistema de precedentes na *práxis* brasileira, especialmente diante do Código Processual Civil de 2015 o qual apresentou, com o fito de uniformizar a jurisprudência pátria e garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica e isonomia processual, as seguintes exigências diretamente ligadas a atividade jurisdicional: integridade, coerência e estabilidade.

Em sequência, e adentrando na faceta substancial desta dissertação, foram expostas considerações acerca do precedente judicial na dimensão do direito à igualdade. Nesse contexto, enveredou-se por aspectos introdutórios do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em decorrência deste ostentar o *status* normativo de precedente, sendo ele referenciado como um instrumento apto a consagrar a isonomia nas produções judiciais.

O quarto e último capítulo consagra o recorte temático da pesquisa. O direito humano à igualdade é analisado sob a égide do procedimento do IRDR, sendo reforçadas, então, as situações de instabilidade das decisões judiciais na seara penal.

A partir daí, é proposta uma moldagem do referido incidente, cujo procedimento é essencialmente processual civil, às necessidades e realidades do processo penal, por meio de pontos de interseção aplicativas entre ambos os referenciais normativos, conduzindo, ao final, a proposta de resolução do problema de pesquisa aqui suscitado, qual seja: A necessidade de eleição de um instrumento processual que viabilize a formação e consagração de um corpo de uniformidade exegética do direito penal quando o dissenso na interpretação da norma afeta negativamente o direito humano à isonomia nas demandas judiciais.

1 SISTEMA PROTETIVO DOS DIREITOS HUMANOS

Para se conceber Direitos Humanos e aplicá-los na prática forense, necessário se faz compreender, além de sua matéria jurídica, outros elementos colhidos, por exemplo, da história e filosofia, que os tornam instrumentos aptos a permear as interações sociais reguladas normativamente. Esses segmentos amparam questões concretas de direito e sua aplicação no divergente campo entre o social e o legal.

Assim, mostra-se imprescindível empreender uma análise crítica acerca das principais teorias de direitos humanos que foram produzidas ao longo dos séculos, no empenho de subsidiar (novas) fórmulas de validação desses direitos, minimizando as divergências e alcançando uma harmônica condução, teórica e prática, do estado democrático de direito.

Desta feita, com o objetivo de fornecer subsídios que viabilizem a compreensão do sistema protetivo de direitos humanos, apresenta-se, inicialmente, explanações sobre a formação da sociedade, a criação do Estado, a concepção dos direitos humanos, suas dimensões e atributos.

Esse contexto é esboçado de forma introdutória para que se chegue ao cerne do trabalho de forma bem engendrada, de modo a trazer subsídios imprescindíveis aos esclarecimentos desta inquietação científica, lançando luz à principal discussão aqui apresentada: uma teoria de precedentes judiciais mecanizada por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que reforce a observância do princípio da isonomia, enquanto direito humano, no âmbito do processo penal.

Em verdade, as normas materiais e processuais, vagas ou repletas de conceitos indeterminados, necessitam constantemente da concretização judicial que lhes garanta alcance e sentido. Contudo, a sua aplicação, em razão do seu caráter polissêmico, estão submetidas a cognição judicial e ao volúvel comportamento do Poder Judiciário, deparando-se frequentemente com conflitos, e gerando efeitos adversos a valores axiomáticos regularmente previstos, como o da isonomia.

Surge, desta forma, certa preocupação com o procedimento ideal para a concepção de uma produção judicial previsível e estável, que gere um precedente vinculado à observância de direitos fundamentais, garantindo, sobretudo, a isonomia processual, e gerando, conseqüentemente, segurança jurídica a seus jurisdicionados, especialmente na seara penal.

Eis que chama atenção, então, o exercício hermenêutico pelos operadores da norma jurídica. Isto porque a importância da existência de leis ou procedimentos fiéis a garantia

fundamental da isonomia no âmbito de direito e do processo penal pouco significará se qualquer juiz ou tribunal puder exercitar sua liberdade hermenêutica de forma irrestrita.

Tais normas são um ponto de partida para o intérprete, e nunca um ponto de chegada, pois cabe a este, além do exercício da razoabilidade na aplicação da lei, analisar e extrair pontos positivos da releitura da configuração normativa promovida pelos tribunais, sempre dentro de um limite de exegético, por mais maleável e discutível que a lei possa ser.

O que se pretende demarcar é que a proteção dos Direitos humanos vai além da produção legislativa e das concepções principiológicas. Ela reclama, antes de tudo, um exercício de coerência judicial que supere a aplicação da lei baseada única e exclusivamente numa prática positivista ou na interpretação que viole fronteiras hermenêuticas intransponíveis cujos efeitos são prejudiciais aos jurisdicionados envolvidos e a seus direitos humanos regularmente resguardados.

Resta a este, assim, adaptar a lei ao fato, e entre várias concepções que legitimamente possa o mandamento do legislador oferecer, adotar a que mais afine com a justiça, orne com a equidade e responda às exigências do bem comum, trazendo parâmetros isonômicos a serem vinculados as produções judiciais subsequentes.

É certo que a cognição, na transição entre a concepção legislativa até o momento de aplicação da norma jurídica, sempre transmite, em maior ou menor intensidade, um caráter de relativa incerteza. Por esta razão, a questão aqui submetida demonstra a necessidade de acurado exame da observância de normas (princípios e regras) de Direitos Humanos, num panorama jurídico-processual penal.

A resolução desta problemática pode ser alcançada por meio do amparo de instrumentos processuais que viabilizem o exercício, pelo Poder Judiciário, da estabilidade, previsibilidade e isonomia na produção judicial.

Neste cenário, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas seguramente fortifica a estabilidade das decisões judiciais. Ele apresenta-se como uma técnica adequada e recomendável para conter as oscilações jurisprudenciais acerca da mesma questão de direito, introduzindo coerência e integridade na formação dos padrões decisórios.

Não predomina aqui outro interesse senão o da busca pela defesa de direitos fundamentais, de cuja pureza, observância e supremacia deve ser inerente a toda a sociedade, aos textos legais pátrios de qualquer natureza, as ideologias políticas, as manifestações populares, dentre outros.

Neste contexto, resiste a consciência de que não é possível alcançar um regime jurídico de direitos fundamentais que possua uma completa perfeição, em que os freios e contrapesos

joguem tão harmoniosamente que estabeleçam um equilíbrio, todavia, é possível e forçoso buscar um regramento que se aproxime desse ideal.

Interessa, assim, verificar o padrão de direitos humanos consagrado em leis, tratados, convenções de outros povos e nações, e adotados pela Constituição nacional. Dessas normas não podem se apartar os intérpretes em suas respectivas produções.

E é dessas descrições legais que também se extrai o núcleo do problema de ordem constitucional (em nível de direitos fundamentais) e processual, da qual buscar-se-á deixar claro os apontamentos de resolução que possuam equivalência com os ditames constitucionais, de modo a potencializar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como instrumento democrático de transformação jurídica.

O caminho para indicar soluções a problemática esboçada passa obrigatoriamente pela análise do contexto histórico de Direitos Humanos, sua internacionalização e posterior integralização ao ordenamento jurídico brasileiro.

Tal contextualização possui caráter fundamental para a tratativa do tema em apreço. Isto porque o desconforto provocado pela histórica instabilidade social posicionou o mundo em um campo de desafios que resultaram num necessário esforço de descobrimento de caminhos que conduzissem a reeticização⁸ da comunidade internacional.

Esse processo, além de promover efeitos na ordem social, apresentou reflexos que atingem inevitavelmente a seara jurídica, especialmente a processual, cuja tratativa este escrito se propõe a realizar.

Esboçadas tais considerações com vistas a fornecer aportes de aperfeiçoamento sobre a temática em abordagem, enfrenta-se, a seguir, a teoria geral dos Direitos Humanos consistente em uma sistematização crítica das principais características de sua concepção e do conjunto de princípios e regras formadores deste segmento de direito.

Assim, far-se-á no tópico inaugural uma análise compatível com a abordagem introdutória para realizar uma conexão com a tratativa principal, isto é, estabelecer um plano histórico da concepção dos direitos humanos, e criar bases para a introdução do postulado da isonomia enquanto núcleo de proteção destes valores.

⁸ Termo citado por Lenio Luiz Streck na produção intitulada: **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003. "O desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma reeticização do Direito". p. 259.

1.1 Sociedade e Estado como contexto formativo dos direitos humanos

A vida em sociedade exige, em caráter abstrato, a busca pela unificação, não no sentido de homogeneidade, mas no sentido de um compartilhamento de ideais e valores que cooperem com as ações dos indivíduos que possuem compromissos identitários para a construção da melhor vivência social.

Em uma realidade transformada e complexa como a da vida moderna, surgida por meio da crescente diferenciação e especialização das funções e papéis dos indivíduos, da necessidade de integração destes, de harmonia entre seus desejos, interesses e vontades, para a manutenção da sociedade, passa a ser fundamental um processo de socialização cada vez mais intenso e especializado, com o propósito de gerar a articulação asseguradora de uma sobrevivência⁹.

Esse processo funda-se na construção de ideias sistematizadas com vistas a instituição de regras, através da reunião de condições abstratamente previstas, para fins de delimitações do comportamento social. Essa sistemática, além de gerar obrigações positivas (ou de prestação) e negativas (de não lesão) originam, também, garantias essenciais a sobrevivência dos indivíduos.

Nesse plano, essa estrutura de regramento surge a partir do emergente raciocínio humano em prever uma solução universalizável para a garantia da vida, especialmente através de questões sublinhadas como essenciais ao desenvolvimento físico, intelectual e comunitário de cada indivíduo.

Há também um fundamento – para a sobredita sistematização de regras – amparado na sensibilidade, introspecção ou sentimento pessoal do que o homem, numa perspectiva *lato senso*, entende por certo ou incorreto.

Essas características originam uma dimensão legal e principiológica que deve ser pensada – e corriqueiramente repensada – com o objetivo de poder justamente encontrar “a resposta correta” para os anseios e problemas dos indivíduos e do meio social no qual encontra-se inserido.

Alguns desses anseios e necessidades são inerentes a toda pessoa, independentemente do local onde se encontre, ou mesmo de qual ideologia, crença religiosa, raça, etc, este se professe ou se identifique.

Eis que se origina a matéria do que comumente compreendemos como Direito. E dele é que surge a arena de ideais que abrange as condicionantes para a construção e manutenção das

⁹ SILVA, Adriano Rosa da. **Curso de Sociologia Jurídica**. Direito e Desenvolvimento Social. Editora Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2011. p. 260.

comunidades, molde a permitir o compartilhamento dos benefícios e dispêndios originários do que se é oferecido pela natureza, e do que se é construído pela força humana.

O Direito, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao conceito de sociedade. Ele não encontraria condições de existência se empregado apenas a um ser humano que viva sozinho, isolado, sem conflitos de qualquer espécie.

O próprio sentido da vida humana, inclusive o da preservação desta, só existe em sociedade. E sociedade significa, necessariamente, convivência entre pessoas diferentes, com urgências diferenciadas e posições por vezes divergentes¹⁰.

Por isso, onde há uma formação social ou comunitária, deve haver a construção de um sistema de regramento que forneça elementos capazes de estabelecer equilíbrio, harmonia, proporcionalidade e equidade dentre aqueles que se encontrem inseridos num determinado território¹¹.

Essa busca pela sobrevivência regrada em consonância com princípios que destacam condutas morais e eticamente aceitas na ordem coletiva são fundamentos essenciais a concepção do direito.

Desta feita, a ideia de coletividade traz consigo um conceito naturalista ou étnico que decorre com mais obviedade de dados culturais, de modo que uma consideração unilateralmente jurídica seria incapaz de expressar¹².

Essa projeção cultural e, necessariamente, histórica, ligada ao decurso de várias gerações dotadas de valores e interesses semelhantes, carrega características que, reunidas, lhe conferem a organização de sociedade.

O direito, então, confere aos indivíduos o discernimento de selecionar o que eles podem ou não fazer dentro daquele contexto no qual encontrem-se. A palavra direito advém do termo latim *directus*, ou *directum*, que significa direto¹³. Tem por objetivo transmitir o entendimento de que o direito é um parâmetro de conduta predeterminada por meio de um procedimento eleito.

O Direito é fato social, se realiza na vida comunitária e guarda uma relação necessária com normas e valores, sobretudo com a justiça. Compreende-se que nas relações e condutas humanas há que distinguir aspectos meramente fáticos e aspectos relativos ao valor axiológico (questões de validade, de direito)¹⁴.

¹⁰ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. Editora Saraiva, 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 23.

¹¹ Descrição teórica formulada pelo autor deste trabalho acadêmico.

¹² *Ibidem*.

¹³ GAUTÉRIO, Maria de Fátima. **Etimologia e significado do termo direito**. JURIS, Rio Grande, 19: 77-99, 2013.

¹⁴ *Ibidem*.

Alinhando os conceitos de direito e sociedade nasce o ideal de estruturação da comunidade por meio de uma cadeia politicamente organizada com vistas a torná-la coordenada, disciplinada e planejada, para atender da forma mais efetiva possível as necessidades daquele povo.

Essa ordenação alinha-se a premência de se estabelecer, num convívio social, funções que influenciem positivamente a melhor organização e desenvolvimento daquele corpo social. Tais características compõem o Estado.

É possível conceituar o Estado, de forma perfunctória, como uma instituição constituída através da pré-disposição do povo em ter o funcionamento de seu território organizado, elegendo, assim, o direito e as regras jurídicas como aparato para sua formação e desenvolvimento. Em Kant, colhe-se a definição de Estado como “a reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito¹⁵”.

Sem embargo de suas raízes kantistas, Del Vecchio não hesitou em repudiar o conceito adotado por Kant como inexato. Para este autor, essa ideia poderia ser aplicada tanto a um município como a uma província, ou até mesmo a uma penitenciária¹⁶.

Na ótica de Paulo Bonavides¹⁷, “só o direito pode explicar plenamente o conceito de povo. Se há um traço que o caracteriza, esse traço é sobretudo jurídico e onde ele estiver presente, as objeções não prevalecerão”.

As afirmativas de Kant e Bonavides não são incorretas, mas amplas, pois é possível que um grupo social, que não constitui necessariamente um povo, também possa ser elevado à categoria de sujeito de direitos e obrigações, desde que unidos pelo elemento humano e por pretensões e características similares.

Ademais, cumpre assinalar que o conceito de coletividade abrange não só um aporte jurídico, mas também acepções filosóficas e sociológicas. Destarte, a acepção jurídica se destaca neste momento ao tratar do cenário de aspecto institucional de poder (Estado) e de regulação das relações humanas (normas).

Hermogeniano reflete que “assim, então, para o bem do homem o direito se constituiu¹⁸”. A ideia exposta pelo autor denota que a arte do direito só existe e tem sentido em razão do ser humano, e para o bem deste.

¹⁵ KANT, Emanuel. *Metaphysik*, p. 135.

¹⁶ VECCHIO, Georgio Del. *Philosophie du Droit*. p. 346.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores. São Paulo, 1994. p. 76.

¹⁸ Digesto: “*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit...*”. Consultado na obra de Idelfonso García Del Corral, *Cuerpo del derecho civil romano*. Jaime Molinas ed., Barcelona, 1889, t. I.

Por obviedade apenas os humanos podem compreender - e assumir - alguns fatores de sua existência vital. Só estes se encontram em condições de desenvolver instrumentos, mecanismos, procedimentos e técnicas para facilitar o seu curso de vida. As esferas da inteligência, voluntariedade, racionalidade e liberdade são próprias e exclusivamente humanas, constituindo, deste modo, seu símbolo de distinção.

Com efeito, isto supõe a existência da sociedade, aspecto que também foi sintetizado por Hermogeniano: *ubi societas, ibi ius*¹⁹. O direito, então, supõe a existência de uma sociedade. Em contrapartida, sem o direito não há sequer a possibilidade de pensar na existência de qualquer vínculo entre duas ou mais pessoas e, muito menos, qualquer demanda ou reivindicação derivada desta convivência.

Deveras, para aprofundar o estudo do direito é necessário compreender as relações que estruturam a vida social das pessoas. Estaciona-se, então, na investigação do mesmo ser humano que está na base construtiva da sociedade e que, portanto, dá sentido ao direito.

O que foi dito, em suma, revela que o direito tem como tarefa principal - que não o exime de uma atividade de complexidade muito elevada - o reconhecimento da pessoa com tudo o que a caracteriza.

Nesta ótica, se a justiça pode ser considerada como dar a cada um o seu direito, o primeiro e mais importante direito que ela deve proteger é a existência pessoal, de modo que, se o direito nasce por meio da existência dos homens, a rigor, ele existe para reconhecer o que é próprio de cada um deles.

Tarefa árdua é delimitar quais são esses direitos, a quem eles são especificamente atribuídos e qual o melhor modo de executá-los, considerando as peculiaridades de cada grupo social e seus respectivos padrões morais e éticos.

Essa atividade envolve uma conjuntura de ações político-sociais e jurídicas, isto é, abrange funções de diferentes poderes de estado os quais, unidos, mas em exercício autônomo, formam a cadeia necessária para se criar, executar e acompanhar o cumprimento da norma jurídica. É uma tentativa de aproximar o direito, a moral e a política.

Assim, o conhecimento do direito positivo válido demanda uma dimensão empírica e, enquanto nos casos mais emblemáticos onde esse material não é suficiente, tornam-se necessários juízos de valor adicionais, ou seja, uma complementação axiológica, implicando na dimensão normativa²⁰.

¹⁹ “Onde (está) a sociedade aí (está) o direito”. *Ibidem*, título v, p. 213.

²⁰ *Ibidem*, p. 36-37.

À luz das considerações acima apresentados, para se analisar o conceito de direito, faz-se necessário compreendê-lo por meio de sua característica relacional. A chave para a análise da correspondência entre direito e obrigações sociais (relacionados aos componentes do Estado) está na equivalência entre a relação triádica dos direitos, constituída por um titular, um destinatário e um objeto.

Nesse contexto, Robert Alexy²¹ tratou da relação triádica do direito e das obrigações, afirmando que um direito pode ser compreendido como uma relação entre três partes, cujo elemento é o portador ou o titular do direito (*a*), o segundo elemento é o destinatário do direito (*b*), e o terceiro elemento é o objeto do direito (*g*). O objeto de um direito é sempre uma ação do destinatário. Isso decorre da sua estrutura como relação triádica entre um titular, um destinatário e um objeto.

Complementando as contribuições teóricas de Robert Alexy, a moderna discussão sobre as relações jurídicas foi vigorosamente estimulada e influenciada pelo trabalho de Wesley Newcomb Hohfeld, publicado em duas partes respectivamente nos anos de 1913 e 1917, denominado “(some) fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning²²”.

Segundo Hohfeld, existem oito “relações jurídicas estritamente fundamentais. Ele as designa com as expressões “direito” (right), “dever” (duty), “não-direito” (no-right), “privilégio” (privilege), “poder” (power), “sujeição” (liability), “incapacidade” (disability) e “imunidade” (immunity).

Há, nesta conjuntura, uma relação entre os correlativos jurídicos, isto é, posiciona-se o direito e o dever de um lado, e o não direito e privilégio do outro, ambos amparados pelo direito abordado na relação triádica de Alexy.

A parte mais interessante do esquema de Hohfeld é aquilo que se denomina “privilégio”, cujo teor refere-se a “mera negação de um dever”. Esses conceitos, embora bem discutidos pelos seus respectivos criadores, apresentam certo grau de abrangência e imprecisão.

Verificando por esta vertente, surge uma peculiar desordem. E é desta incompletude que nascem a necessidade de formular normas de relevo específico, material e formal, que inauguram técnicas e meios de enfrentamento dos problemas de dogmática jurídica, a exemplo da incompatibilidade de interesses entre o Estado e o indivíduo.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2008. p. 194.

²² HOHFELD, Wesley Newcomb. (some) fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. Yale Law Journal 23 (1913/14), p. 16 e ss.

Atribui-se, assim, um peso a ser sustentado pelo direito, pois a ele resta a responsabilidade de apresentar vertentes precisas que possibilitem diluir os problemas de ordem coletiva e individual, existentes ou com potencial manifestação.

Aos seus operadores urge o dever de interpretar as normas levando em consideração o referencial prático almejado pelo legislador, de modo a apresentar respostas as pretensões humanas e seus íntimos ideais de justiça.

A propósito, para fins de alicerçar as bases de pesquisa que norteiam este escrito, é válido tratar do termo humano. Com a chegada, no final do século XIV, da chamada Filosofia do Humanismo a qual, mais tarde, desemboca o famoso movimento conhecido como Renascimento, deu-se início ao que se conhece por modernidade, trazendo consigo o resgate e relevância do fator humano, cuja visão previa o indivíduo como algo acima de tudo, que deve ser exaltado.

Esse conceito aprofunda seu desenvolvimento acionando uma ideia que recebeu posteriormente notável repercussão, e que resultou num significativo conceito para o direito: a dignidade da pessoa humana.

Desta combinação entre as necessidades essenciais à sobrevivência humana e a dimensão normativa empírica, nasce uma teoria geral universalizada a qual denomina-se Direitos Humanos, cujas características e dimensões serão a seguir abordadas.

1.2 Dimensões dos direitos humanos e seus atributos

Os direitos humanos, mesmo antes de serem positivados, compõem uma ordem jurídica superior, objetiva e apta a servir como fundamento universal para todo o sistema jurídico. Nos dizeres de André de Carvalho Ramos²³ os direitos humanos consistem em um conjunto de garantias consideradas indispensáveis para uma vida humana pautadas na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são aqueles essenciais e indispensáveis à vida digna, não havendo um rol predeterminado.

Hannah Arendt²⁴, por sua vez, propõe que os direitos humanos não é algo dado, mas sim fruto de uma construção, uma invenção humana em constante processo de crescimento e redimensão. São direitos naturais garantidos a todos os indivíduos, independente de classe social, etnia, gênero, nacionalidade ou posicionamento político.

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2018. P. 28.

²⁴ ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134

Na visão das Nações Unidas²⁵, consistem em garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana.

Norberto Bobbio, por sua vez, afirma que os direitos humanos são direitos históricos, que nasceram em certas circunstâncias e tinham por características lutas em defesa de novas liberdades contra antigos poderes²⁶.

Nesse ideal de concepção histórica dos Direitos, Bobbio externou contribuições teóricas para a formulação de uma classificação destes em quatro gerações, tendo em vista que são reconhecidos em momentos diversos²⁷. A primeira delas refere-se ao reconhecimento de direitos individuais, tendo como base a importância abstrata dos sujeitos e a igualdade formal perante a lei.

A segunda geração está ligada aos direitos coletivos, levando em consideração um contexto social no qual os indivíduos estão inseridos, de acordo com a situação concreta, objetivando o reconhecimento de direitos sociais na busca pela igualdade material.

A terceira geração, por sua vez, tem como cerne o reconhecimento de direitos dos povos ou direitos de solidariedade, de modo a se alcançar os direitos de ordem transindividual. Por fim, o reconhecimento dos direitos de quarta geração surge por meio dos embasamentos éticos que justifiquem a manipulação genética.

Essa concepção geracional, todavia, recebe críticas doutrinárias. Isto porque as distintas gerações apresentadas levariam, em termos semânticos, a um ideal suplementativo, integrativo, diretivo e limitador²⁸.

Noutras palavras, o termo gerações, apesar de amplamente utilizado, não é aceito sem ressalvas. A mais importante delas é, sem dúvida, a que sustenta que a ideia de que gerações de direitos poderia ser erroneamente compreendida com base no raciocínio de que a geração seguinte supera a geração anterior. Esse não é o caso, pois, como se sabe, as gerações, a despeito de potenciais colisões, são complementares. Por isso, muitos autores preferem o termo dimensões dos direitos fundamentais²⁹.

Desta contraposição de opiniões surgiram outros conceitos que pronunciam dimensões para se verificar o reconhecimento aos direitos humanos ao longo dos períodos factuais.

²⁵ **O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?** Disponível em <https://www.politize.com.br/direitos-humanos-o-que-sao/>. Acesso em 07/03/2022.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo. Ed. -Campus, 2014.

²⁷ *Ibidem*. p. 29.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. 15ª Ed, 2004. P. 10.

²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos Direitos Fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005): 541-558.

Os direitos humanos são alcançados, construídos e delimitados por meio de diferentes contextos históricos e sociais, de modo que se amoldam as necessidades de cada época. Isso resulta numa concepção de evolução que ocorre a cada geração.

Assim, os conceitos que remetem a geração ou dimensão de direitos humanos são utilizados como parâmetro para separá-los, de forma cristalina, em perspectivas históricas e relevantes de entendimento.

Noutras palavras, os direitos humanos não são frutos da concessão espontânea do detentor do poder. São as mudanças sociais que fazem surgir outras demandas e necessidades dos indivíduos, reclamando a (re)formulação de novas garantias.

Essa linha teórica ganhou outra roupagem em 1979, quando o jurista Karel Vasak iniciou uma classificação de gerações de direitos com o fito de estabelecer parâmetros históricos das diferentes categorias de direito, não possuindo, contudo, pretensões científicas. A base de sua teoria são os princípios da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Cabe anotar que essa percepção, embora respeitável, origina posições adversas que consideram a existência de mais de três dimensões de direitos humanos – três, quatro e até cinco -, ou mesmo divergem no conteúdo de cada dimensão, especialmente quanto a chamada terceira dimensão.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁰, debruçando-se acerca da classificação acima mencionada, considera que quanto ao número de dimensões de direitos e o seu conteúdo, é possível aderir à proposição clássica de Karel Vasak, ou seja, de que existem apenas três, representadas, respectivamente, pelos direitos de matriz liberal burguesa, as liberdades, garantias civis e políticas; direitos econômicos e sociais de caráter eminentemente positivo (prestacional); e direitos culturais e de linguagem e mais recentemente os direitos ambientais.

Destaque-se, neste ponto, os direitos de segunda geração (igualdade). Estes são resultado das lutas de 1848³¹ e depois da Comuna de Paris, em 1871. Foram consignados em cartas constitucionais, como a de Weimar de 1919, e até na Constituição brasileira de 1934. Também foram efetivamente consagrados quando da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela ONU, em 1948.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Um Dossiê Sobre Taxonomia das Gerações de Direitos**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, USP, 2016.

³¹ “Nas obras de Marx e Engels encontramos que o socialismo, ou as demandas socialistas, se tornaram as palavras de ordem dos movimentos de 1848, sendo defendidas por todo setor em luta, independente de sua classe. Esse fato se deve à força das massas trabalhadoras na luta, servindo então de propaganda de um possível interesse em comum das classes; todavia, o movimento socialista foi vencido mais de uma vez pela burguesia, dada sua inexperiência organizativa. Contudo, sua expressão quantitativa e qualitativa ressoaram fortemente em 1848, forçando o reconhecimento do proletariado em luta como uma força indispensável para qualquer transformação, mesmo que a de interesse burguês”. MAIA, Rodrigo Ismael Francisco. **O Socialismo e a Primavera de Lutas na Europa**. Revista de Iniciação Científica da FFC, Marília, v.15, n.1, p. 5-22, Jan.-Jul., 2015.

Os postulados humanos, absolutos e relativos, se positivam nas Constituições como garantias fundamentais. Estas, por sua vez, possuem um sentido mais preciso e estrito, na medida em que descrevem o conjunto de direitos e liberdades jurídicas, institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo³². O catálogo de direitos fundamentais pode conter, além dos direitos humanos, outros direitos considerados fundamentais³³.

A luz deste conjunto teórico, Celso Lafer partilha a lição de que, no plano do direito positivo, o reconhecimento da importância dos direitos de segunda geração já se encontrava na Constituição Francesa de 1791, que no seu Título 1º previa a instituição do *secours publics* para criar crianças abandonadas, aliviar os pobres doentes e dar trabalho aos pobres inválidos que não o encontrassem³⁴.

O referido autor destaca que as primeiras constituições a assegurar os direitos de Segunda geração são a do México e a da Constituição de Weimar, sendo que no Brasil a primeira Constituição a garantir os direitos de Segunda geração foi a de 1934³⁵.

Atualmente vivenciamos uma nova era de direitos humanos a qual pode ser delineada com três características basilares. A primeira delas diz respeito ao crescente aumento dos bens reconhecidamente merecedores de tutela. Também marca essa moderna época a ampliação do rol de sujeitos de direito, abrangendo, além do indivíduo singular, a família, os grupos minoritários e toda a humanidade num conjunto.

A outra peculiaridade refere-se ao fato do homem deixar de ser considerado em abstrato para ser visto na concretude das relações individuais, baseando-se em vários critérios de diferenciação (a exemplo do sexo, idade, condições físicas, etc), passando então a ser tratado como homem, mulher, criança, idoso, deficiente físico, lgbtqi+, consumidor, dentre outros.

Na trilha deste raciocínio, apresenta-se aqui, sem embargos das linhas teóricas anteriormente referenciadas, uma separação dos direitos humanos – de forma genérica – em duas dimensões: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva possui uma roupagem de pretensão, na qual o direito é um instrumento de realização de interesse individual, o que permite que cada indivíduo decida se pretende ou não exercer seu direito.

³² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 82.

³³ ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. p. 63, nota 48.

³⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126-127.

³⁵ *Ibidem*.

A dimensão objetiva, por sua vez, traz a ideia de direitos como reflexo ou consequência de justiça, como tarefa a ser exercida pelos governantes e como dever do estado de garantir o direito dos segmentos mais vulneráveis de determinada comunidade política.

As Constituições, ao preverem os direitos humanos estabilizados no rol de direitos fundamentais, traçam conteúdos mínimos a serem observados na elaboração e na aplicação do direito. Sua eficácia e aplicabilidade reverbera todo o ordenamento jurídico.

Esses direitos, todavia, não se revelam como absolutos, na medida em que são dotados por inerente reserva de ponderação. Vale dizer, independente da extensão ou força que lhe são atribuídos, podem ceder diante da maior força ou importância que apresentar, no caso concreto, as garantias, os princípios e os interesses em sentido adverso.

A par dessas circunstâncias, a dimensão subjetiva, então, adequa-se a ideia de direito abstrato, cuja efetivação decorre de um processo de interpretação da norma jurídica. Nesse ponto, há uma possibilidade de adaptação dos preceitos jurídicos conforme o tempo e o local no qual a norma encontra-se em vigência.

No plano objetivo, o direito imprime pautas específicas as quais impõem, permitem ou proibem (algo). Sobressai a concepção de maior segurança jurídica em razão da menor amplitude interpretativa, todavia, há limitações a adaptações. Em regra, são expressamente previstos.

Nessa perspectiva, é possível que a dimensão objetiva entre em conflito com a subjetiva. Eis que surge uma contraposição de ideais entre os direitos individuais e o Estado, ou individuais entre si. Nascem, então, expectativas de prestação e proteção de direitos as quais são atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica. De igual forma surgem os deveres correspondentes àqueles que estão obrigados a cumprir o que a norma prevê, permite ou determina.

Esses conflitos, entretanto, podem ser solucionados por meio da ponderação entre os direitos em embate ou, subsidiariamente, por meio da exclusão daquele que se entenda como menos relevante ao debate. A solução para tal embate, todavia, não será enfrentada neste escrito.

Esboçadas as concepções acerca da vida em sociedade, do estado, dos direitos humanos e suas dimensões, passa-se, então, a cotejar textos normativos de amplitude internacional que regulam ou estabelecem regras, parâmetros e considerações acerca dos direitos humanos, e constroem pilares que sustentam, inclusive, o postulado da isonomia.

1.3 Destacados diplomas normativos internacionais

A expansão a nível internacional de questões ou problemáticas até então vistas sob um ângulo regional, a exemplo daqueles relacionados a dignidade da pessoa humana, meio ambiente, comércio, etc, forneceu subsídios suficientes a criação de instituições internacionais, dotadas de órgãos responsáveis pela elaboração de normas de carácter comunitário cuja força excede até mesmo as regras dispostas nas constituições nacionais.

O direito antigo somente se concebia numa escala local, ou mesmo familiar. O progresso da humanidade fez com que ele tivesse que se adaptar à escala nacional e, por fim, a época atual exige que o direito seja pensado em âmbito global³⁶.

Questões como a utilização da energia e armas nucleares e o combate a grandes epidemias (v.g., covid-19, AIDS, H1N1) obrigam à sociedade raciocinar o direito num plano macro, exigindo normas subjetivamente válidas e de responsabilidade universal.

Neste contexto, fora necessário criar uma modalidade de direito supranacional, cujas bases, de padrão universal, fossem reconhecidas independente da nacionalidade ou dos direitos que compõem a cidadania. Eis que, então, surgem os direitos humanos, consoante já registrado em linhas anteriores.

Assim, imprescindivelmente surgiu a necessidade de se criar órgãos internacionais capazes de promover um controle jurisdicional da supranacionalidade dos direitos humanos³⁷.

Essa criação tem por objetivo impedir que os Estados violem tais direitos ou, noutra perspectiva, que o processo de globalização resulte no surgimento de novas formas de opressão, o que faria aumentar o poder e domínio de nações e organizações frente ao restante do mundo³⁸.

O instante de inflexão histórica sobre os direitos humanos emergiu da barbárie empreendida durante a segunda guerra. Paradoxalmente, este evento indelével na cronologia mundial foi um impulso e retorsão a atitudes de amesquinamento deste bloco de direitos intangíveis da pessoa humana, tanto que se pode afirmar que deu-se uma guinada pela sua internacionalização. Contudo, seu marco inicial pode ser visto de diferentes perspectivas.

Se for analisá-lo por meio de bases filosóficas, este iniciou no período da antiguidade clássica, no mínimo remonta até o estoicismo grego, por volta dos séculos II e III antes de Cristo, e a Cícero Diógenes na antiga Roma³⁹.

³⁶ OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez.** *Revista Doxa* (Cuadernos de Filosofia del Derecho – Universidad de Alicante), n. 14 (1993). Trad. Isabel Lifante Vidal.

³⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 66.

³⁸ Período emblemático representativo desse perigo de violação massiva diz respeito a ascensão do partido nazista na Alemanha da década de 1930.

³⁹ *Ibidem.* p. 06.

No viés religioso, o marco inicial dos direitos humanos pode ser delineado, pelo menos no ocidente, a partir do chamado sermão da montanha⁴⁰, com indicações existentes no livro do novo testamento bíblico⁴¹.

No cenário político, o início da discussão sobre direitos humanos pode ser esboçado após o ano 1215, em decorrência da criação da carta magna inglesa. O nascimento do estado burguês, na Inglaterra, pode ser considerado o prólogo dos direitos fundamentais. Por tal razão, a seguir, se delineará com mais precisão esta perspectiva política.

Os burgueses, em meados dos anos 1200, iniciaram um movimento de contraposição à coroa em razão da soberania suprema exercida pela figura da realeza em detrimento dos demais estamentos sociais, numa espécie de poder ilimitado. A origem deste foi resultado dos desentendimentos havidos entre o rei inglês João sem Terra e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano.

É de se considerar que o primeiro princípio constitucional processual nasceu na referida Carta Magna. Ela foi genuinamente uma carta constitucional sem ter necessariamente esta pretensão. O objetivo da Carta foi limitar o poder do Estado, ao tempo em que estabeleceu os princípios do devido processo legal e da igualdade.

A Magna Carta consistiu num diploma que continha um ingrediente – ainda faltante – essencial ao futuro regime jurídico dos direitos humanos: o catálogo de direitos dos indivíduos contra o Estado. Depois do reinado de João Sem Terra, ela foi ratificada várias vezes pelos monarcas posteriores.

Apesar de seu foco nos direitos da elite fundiária da Inglaterra, a Magna Carta traz em seu bojo a ideia de governo representativo e ainda direitos que, séculos depois, seriam universalizados, atingindo todos os indivíduos, entre eles o direito de ir e vir em situação de paz, direito de ser julgado pelos seus pares, acesso à justiça e proporcionalidade entre o crime e a pena⁴².

Noutra época, os revolucionários franceses, a partir de 1789, proclamaram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, momento este que a ideia de direitos humanos ganhou notoriedade e respeitabilidade de modo a ter alcançado, atualmente, um acolhimento quase unânime entre as nações, mesmo havendo dissensos⁴³.

⁴⁰ Sermão da Montanha. Versão Moderna. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/sermao_montanha_m.htm. Acesso em 02/02/2022.

⁴¹ Evangelho de Mateus (Caps. 5-7) e evangelho de Lucas, com fragmentos ao longo do livro.

⁴² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2018. p. 38.

⁴³ *Ibidem*. p. 05.

Sem objeções as concepções ora apresentadas (filosófica, religiosa e política), optar-se-á pela análise da ascensão e internacionalização dos direitos humanos através da conjuntura social, a partir da segunda guerra mundial, cujo protagonismo do movimento nazista apresentou um indicativo de emergência para a tomada de decisões, pela sociedade mundial, de instrumentos de garantia ao mínimo existencial humano.

A barbárie resultou no fim da Segunda Guerra com a derrota do Estado protagonista (Alemanha), e o seu desonroso partido nazista. Desta feita, foi forçoso ao mundo pós-guerra repensar maneiras de proteger o ser humano em geral e sua sobrevivência em caráter abstrato. Perceba-se, deste contexto, que é possível verificar uma relação muito próxima entre evolução histórica da humanidade e direitos humanos.

Após o referido conflito, e diante desta necessidade de se estabelecer parâmetros básicos que resguardassem a figura humana, foi criada, em 26 de junho de 1945, pela Carta de São Francisco, a Organização das Nações Unidas (ONU), retornando o caminho trançado – e interrompido – pela extinta Liga das Nações.

A ONU não surgiu como instituição democrática. Ficou assegurado ao pequeno grupo de Estados com assento permanente no seu Conselho de Segurança o controle das decisões pelo exercício do direito de veto⁴⁴.

A caótica situação deixada pelas atrocidades praticadas pelos vencidos e vencedores da guerra impôs à comunidade internacional, repita-se, o dever de resgate das noções e princípios basilares dos direitos humanos.

Desta feita, a Carta de São Francisco⁴⁵, em seu art. 1º, dispôs, sem delongas, um dos principais preceitos para se alcançar a estabilidade entre as nações do planeta, qual seja, a igualdade de direitos.

A reação à barbárie nazista gerou a inserção da temática de direitos humanos na Carta da ONU, que possui várias passagens que usam expressamente a locução direitos humanos, com destaque ao artigo 55, alínea “c”, que determina que a Organização deve favorecer “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

⁴⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. Editora Peirópolis. São Paulo, 2011. p. 94.

⁴⁵ “Art. 1. 2) Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2022.

Já o artigo 56 estabelece o compromisso de todos os Estados-membros de agir em cooperação com a Organização para a consecução dos propósitos enumerados no artigo anterior⁴⁶.

Assim, inauguraram-se os trabalhos que resultaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela resolução nº217 da Assembleia Geral das Nações Unidas de promulgada em 1948.

A doutrina majoritária dispõe que o marco inicial da internacionalização dos direitos humanos ocorreu após o fim da segunda guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1948.

É o que se extrai, por exemplo, das lições de Flávia Piovesan, trazidas à lume com referências de Thomas Buergenthal⁴⁷, quando descreve que o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.

Na síntese de Richard B. Bilder, muitos dos contrafortes que hoje constam do Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiram a partir de 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações cometidos pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a sua tutela e liberdades fundamentais deveriam ser um dos principais propósitos da Organização das Nações Unidas⁴⁸.

A instituição da ONU, em 1945, a Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, e as sucessivas convenções internacionais produzidas marcam o arrefecimento da soberania absoluta dos Estados, baseada na paz de Westfália, que deu origem a tragédia das duas guerras mundiais⁴⁹.

No entanto, a construção de uma base de direitos humanos universalizada vai além da existência de instituições internacionais com bases teóricas adequadas, pois depende de uma sociedade civil global que esbarra no multiculturalismo entre os povos, isto é, diferentes tradições, linguagens, religiões, estruturas sociais, políticas e jurídicas, dentre outros.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2018. p. 49.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2012, pág. 183.

⁴⁸ BILDER, Richard B. **An Overview of International Human Rights Law**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-4.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. In: VITALE, Ermanno (coord.) **Diritti Fondamentali**. Um dibattito teóricico. 2. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 22.

A título de exemplo, como é possível estabelecer parâmetros de proteção de direitos humanos para as mulheres em países⁵⁰ da África e do Oriente Médio cuja prática da invasiva excisão – extirpação do clitóris da mulher⁵¹ – é algo comum⁵² e culturalmente aceito?

Ora, um Estado Democrático de Direito baseia-se no ideal de dignidade da pessoa humana, entretanto, deve ser observado o limite imposto pela esfera de liberdade e autonomia dos indivíduos, não podendo ser minimizada pelo fato de ser vista como anormal por camadas majoritárias de um determinado arranjo social.

Isso não quer dizer que no exemplo explicitado em linhas anteriores há um pleno exercício da liberdade individual, até porque seria uma consideração simplista e desprovida de qualquer embasamento – teórico ou prático – responsável.

Contudo, o que se propõe a afirmar é que o devido respeito estatal, sob o viés da dignidade da pessoa humana, deve resguardar ao indivíduo e a seus interesses o exercício de sua liberdade, de modo que o que fora decidido pela maioria não anule aquilo que a minoria tende a defender como correto para si.

Em sentido amplo, o art. 5º, da Declaração de Viena, de 1993, assevera que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados [...] é dever do Estado, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais”.

Ainda nesse passo, mostra-se consistente a postura teórica de Jorge Reis Novais⁵³ no sentido de que o Estado Democrático de Direito deve proteger a situação mais ameaçada para garantir ao indivíduo ou à minoria isolada o mesmo direito que todos têm de escolher, livre e automaticamente, os seus planos de vida, além do direito de possuir as mesmas chances e oportunidades.

Foi neste contexto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora negociada inicialmente para ser um tratado (convenção), de maneira a vincular os estados signatários, prevaleceu apenas a ideia declaratória, o que significa que os direitos dispostos em seu texto somente serviram de exortação para um movimento de internacionalização através da sua incorporação nos sistemas normativos de cada Estado, como efetivamente ocorreu, a partir da década de 1950, em alguns ordenamentos jurídicos da Europa.

⁵⁰ **Mutilação genital feminina: o que é e por que ocorre a prática que afeta ao menos 200 milhões de mulheres.** Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47136842>. Acesso em 08 de janeiro de 2022.

⁵¹ A prática envolve a remoção ou o corte dos lábios e do clitóris, e a Organização Mundial da Saúde a descreve como "um procedimento que fere os órgãos genitais femininos sem justificativa médica".

⁵² Acredita-se que ajuda a manter a virgindades das solteiras.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Triunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 35.

Deveras, a necessária filiação dos Estados com os direitos humanos, seja no sentido de defesa ou de prestação, somente aconteceu após verificar-se que poucas nações haviam internalizado as disposições da referida declaração.

Desta forma, no ano de 1966, em Nova York, foram firmados dois diplomas internacionais, cujo objetivo foi o de operacionalizar a proteção dos direitos humanos: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ademais do Protocolo Facultativo⁵⁴. Esses diplomas fornecem o suporte técnico-jurídico à efetivação dos direitos humanos⁵⁵.

Um dos argumentos suscitados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos firmou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos, isto é, alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram programáticos e demandavam realização progressiva⁵⁶.

A exigência de diferentes procedimentos de implementação viria a justificar a formulação de dois pactos diversos, já que, para os direitos civis e políticos, o melhor mecanismo seria a criação de um comitê que apreciaria petições contendo denúncia de violação de direitos, instrumento este que se mostraria inadequado para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Registre-se, todavia, que os direitos sociais, econômicos e culturais integram não apenas a Declaração Universal e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como ainda inúmeros outros tratados internacionais, dentre os quais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção sobre os Direitos das Crianças; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias; a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, no âmbito da região, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁷.

No mesmo relevo temático, cumpre assinalar a implementação do Direito Internacional Penal por meio dos Tribunais Internacionais. Este Direito ganhou amparo inicial por meio do

⁵⁴ O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU – na mesma ocasião em que o Pacto foi adotado – em 16 de dezembro de 1966, com a finalidade de instituir mecanismo de análise de petições de vítimas ao Comitê de Direitos Humanos por violações a direitos civis e políticos previstos no Pacto. Possui, em 2017, 116 Estados partes.

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2016. p. 31/32.

⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p. 187/188.

⁵⁷ AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; BAHIA, Saulo José Casali; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direito Internacional dos Direitos Humanos I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 10/11.

disposto no artigo 227 do Tratado de Versailles⁵⁸, cujo teor previa um tribunal especial com juízes das potências vencedoras para julgar o Guilherme II de Hohenzollera.

A disposição acima mencionada deita raízes numa espécie de direito humano cujo base jurídica encontra-se comumente efetivada por meio das Constituições nacionais com a denominação de devido processo legal.

Nesta esteira, os demais textos, convenções e tratados aqui explicitados também dispõem, cada qual a seu modo, direitos fundamentais e de ordem básica, cuja incidência nas relações sociais gera uma autêntica positivação do convívio - local e geral - da espécie humana.

Todavia, por vezes é necessário que estes direitos sejam reafirmados ante a sua violação ou inobservância. Assim, a atividade das instituições e normas internacionais encarregadas de proverem os Direitos Humanos no plano mundial apresentam especial importância frente a diminuição das disparidades extremas de desenvolvimento econômico e social, bem como à não agressão das minorias e violação dos direitos a elas - e a todos - resguardados.

Ademais, há de se registrar que as concepções abrangidas neste tópico esclarecem parcialmente o modo como em cada parte do mundo ocidental a teoria geral de Direitos Humanos ganhou amplitude, saltando para o campo prático. No Brasil, por sua vez, esse debate possui conjunturas teóricas que envolvem os ditames constitucionais e de ordem fundamental, das quais se ocupará o item seguinte.

1.4 A projeção do marco internacional no ordenamento brasileiro: seu delineamento constitucional

Ao longo do processo de democratização, o Brasil passou a aderir a importantes instrumentos internacionais de direitos humanos, aceitando expressamente a legitimidade das preocupações supranacionais e dispondo-se a um diálogo com as respectivas instâncias sobre o cumprimento conferido pelo País às obrigações internacionalmente assumidas⁵⁹.

⁵⁸ Art. 227.º As potências aliadas e associadas acusam publicamente Guilherme II de Hohenzollera, ex-imperador da Alemanha, de ofensa suprema contra a moral internacional e contra a autoridade sagrada dos tratados. Um Tribunal especial será constituído para julgar o acusado, assegurando-lhes as garantias essenciais do direito de defesa [...] O Tribunal julgará em harmonia com os princípios mais elevados da política entre as nações, com o propósito de assegurar o respeito das obrigações solenes e dos compromissos internacionais, assim como da moral internacional. Tratado de Paz entre as Potências aliadas e associadas e a Alemanha, e protocolo anexo, assinado em Versalhes ao 28 de junho de 1919. Disponível em <https://idi.mne.gov.pt/images/pdf/primeira-guerra/TVersailles.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2022.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. p. 362.

O objetivo de internalizar os textos internacionais - normativos e declaratórios de direitos - foi justamente delimitar um campo de efetividade a partir de proposições materiais e práticas, e não meramente teóricas, formais e positivadas⁶⁰.

Nesse processo de internalização dos preceitos normativos internacionais, Laham Júnior apresenta como um dos desafios contemporâneos de quem pretende compreender o Direito Constitucional, a interação da Constituição entre os planos interno e internacional, e, de maneira inevitável, a compreensão do quanto este diálogo afeta, ou do que pode vir a afetar a noção de Constituição, sua supremacia, e consequentes necessidades de adaptações⁶¹.

Ao longo do processo de redemocratização do Brasil, após seu momento histórico de interrupção do ciclo de autoritarismo, passou-se a aderir, no plano normativo interno, importantes diplomas supranacionais de direitos humanos, recepcionando expressamente as legítimas preocupações globais e inaugurando um diálogo com as suas instâncias acerca de meios e instrumentos que viabilizassem o cumprimento das obrigações assumidas pelas nações no plano universal.

Noutra perspectiva, o processo de redemocratização assumiu protagonismo no debate sobre a proteção de direitos humanos pela sociedade civil e organizações não governamentais. E é neste período que a temática dos direitos humanos começa a se concretizar como um dos mais relevantes temas da pauta internacional do Brasil contemporâneo.

Este contexto sucedeu o novo panorama criado com o fim da Guerra Fria, o qual abriu caminhos para a consolidação dos direitos humanos como tema mundial. Na avaliação de Louis Henkin, citado por Flávia Piovesan⁶², o fim da Guerra Fria trouxe esperança ao persuadir os governos a fortalecerem seu comprometimento para com os parâmetros da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aderindo a Pactos ou Convenções até então recusados, e a abandonar reservas que esvaziavam o conteúdo dos instrumentos ratificados.

Segundo Piovesan⁶³, o marco inicial do processo de incorporação do Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo ordenamento pátrio foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher.

⁶⁰ Essa proposição é passível de verificação através, por exemplo, das delegações executórias a determinados direitos sociais, através de mecanismos e políticas públicas que garantam a funcionalidade material deste direito e a consequente garantia de mínimo existencial ao indivíduo.

⁶¹ JÚNIOR, Gasi Said Laham. **A incorporação de Tratados Internacionais à Constituição Brasileira: A abertura internacional**. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. 2017. p. 13.

⁶² Louis Henkin, *Human rights: an agenda for the next century*, \Washington, 1994, *Studies in Transnational Legal Policy*, n. 26, p. VII-VIII. Cit. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e Direito Constitucional internacional*. 14ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p.

⁶³ *Ibidem*. p. 366.

A partir desses fatos, inúmeros outros relevantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988, que situa-se como a demarcação jurídica da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País.

Assim, a partir da Carta de 1988, foram ratificados pelo Brasil, por exemplo: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 11 de janeiro de 2007; o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como do Segundo Protocolo ao mesmo Pacto visando à Abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009.

A prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais foi essencial para a ratificação destes instrumentos de proteção pela Constituição Federal de 1988. Esse esforço se conjuga com o objetivo de compor uma imagem mais positiva do Estado brasileiro no contexto internacional, como país respeitador e garantidor desta categoria de direitos⁶⁴.

Isto é, a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos demonstra seu acolhimento ao ideal contemporâneo de direitos humanos, de modo a legitimar as preocupações globais no tocante a matéria, bem como a marcar presença na agenda internacional cuja composição era imprescindível a uma nação em busca de desenvolvimento socioeconômico.

Em face dessa interação, o Brasil assume perante os blocos de signatários da declaração universal a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis.

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2012. p. 368.

Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pelas entidades externas, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional.

Contudo, ainda que seja extraordinário o avanço decorrente da ratificação dos aludidos instrumentos já mencionados, outros tratados internacionais de direitos humanos aguardam a ratificação pelo Estado brasileiro. Cabe citar, por exemplo⁶⁵, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias.

É necessário avançar no processo de internalização desses instrumentos internacionais, a fim de aprimorar a sistemática de proteção dos direitos humanos no Direito brasileiro. A Declaração de Viena de 1993, por exemplo, em seu § 26⁶⁶, insiste no objetivo da ratificação universal, e sem reservas, de todos os tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas.

Deste dispositivo depreendem-se dois elementos essenciais que estão associados ao debate da internalização, pelos Estados, dos tratados e convenções de Direitos Humanos: as Constituições modernas e os direitos fundamentais.

As Constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentais com o escopo de se formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, pois a democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária⁶⁷.

A Constituição, a partir da segunda metade do século XX, passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, iniciando um novo método de compreensão do direito⁶⁸. Nela, a concepção de direitos fundamentais encontra-se plasmada, desempenhando importante papel no âmbito do Estado constitucional e democrático. Saliente-se, neste ponto, a íntima vinculação entre direitos fundamentais (na ordem constitucional) e direitos humanos.

O constitucionalismo permite uma maior proteção interna e internacional dos direitos humanos e da própria normatividade ordinária, sempre que aderente à ordem internacional⁶⁹.

⁶⁵ **Observatório Parlamentar da Revisão Periódica Universal da ONU**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/observatorio-parlamentar-da-revisao-periodica-universal-da-onu/as-recomendacoes>. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

⁶⁶§26. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos vê com bons olhos o progresso alcançado na codificação dos instrumentos de direitos humanos, que constitui um processo dinâmico e evolutivo, e insta à ratificação universal dos tratados de direitos humanos existentes. Todos os Estados devem aderir a esses instrumentos internacionais; e todos os Estados devem evitar ao máximo a formulação de reservas".

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, vol. 15, jan.-mar. 2007. p. 05.

⁶⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 55.

⁶⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2016. p. 31/32.

Para Luiz Guilherme Marinoni⁷⁰ as Constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar sua identificação plena do direito com a lei, fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece pois ela não é mais vista, nas Constituições, como produto perfeito e acabado.

Além disto, os textos constitucionais atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também preveem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados⁷¹. Diante dessas considerações, surge, no Brasil, a preocupação acerca dos mecanismos de efetivação das Constituições.

Claudio Pereira de Souza Neto⁷², debruçando-se acerca do constitucionalismo brasileiro, afirma que a efetividade da Constituição tem sido, ao menos nos últimos trinta anos, a preocupação central de muitos dos pensadores brasileiros do direito constitucional⁷³, que, em seu conjunto, compõem uma corrente teórica que podemos denominar de constitucionalismo brasileiro da efetividade.

No Brasil, a Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º da Constituição o § 3º. O referido dispositivo determinou expressamente que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais⁷⁴.

Assim, desde que tenha por objetivo direitos humanos e que se submetam ao procedimento rígido e qualificado na sua aprovação, os tratados e convenções internacionais serão consideradas autênticas normas constitucionais.

É o caso, por exemplo, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto legislativo 186, de 9 de julho de 2008.

Alguns tratados internacionais de direitos humanos, todavia, são inseridos no ordenamento pátrio após aprovação por decreto legislativo em procedimento ordinário de votação, isto é, por maioria simples, conforme previsão do artigo 47 da CRFB.

Nesta hipótese, os referidos diplomas, por força do artigo 5º, §2º, da CRFB, são considerados, na hierarquia normativa, como intermediárias, ou seja, abaixo da Constituição,

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006. p. 93.

⁷¹ MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Revista Diálogo Jurídico, n. 16, mai-ago. 2007.

⁷² NETO, Claudio Pereira de Souza. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. p. 195.

⁷³ Dentre estes cite-se José Afonso da Silva.

⁷⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas. **Curso de Direito Constitucional**. Sexta edição. Revista e atualizada. Editora Foco. Indaiatuba/SP, 2021. p. 515.

pois não possuem força de emenda constitucional, mas são posicionados acima das leis infraconstitucionais e atos normativos.

Essa categorização foi estabelecida pelo Pretório Excelso ao julgar recursos extraordinários (RE nº 466.343 e RE nº 349.703), nos quais a corte decidiu pela ilegitimidade da prisão civil do depositário infiel, com base no Pacto de São José da Costa Rica.

Então, além disso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, passou a adotar a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos não editados na forma fixada pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, a despeito de continuarem se tratando de normas infraconstitucionais, estariam em um patamar hierárquico superior ao da legislação ordinária, devendo, portanto, prevalecer sobre esta última.

Assim, essas normas são consideradas supralegais e paralisam a eficácia de toda a legislação infraconstitucional com ela conflitante.

Transcendendo a discussão acerca da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, surgiu certa apreensão dos juristas no que se refere o grau de eficácia das previsões, em razão da constante distinção entre “norma programática” ou “norma de eficácia limitada”, pois acabaram por formar verdadeiros embasamentos de não efetivação da Carta Magna pelos seus intérpretes.

Quando se busca desvencilhar do dever de aplicar a norma constitucional, basta etiquetá-la como pragmática e transferi-la para o legislador, cuja tarefa – muitas vezes – era mesmo do judiciário.

Inúmeros são os exemplos que podem ser colhidos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podendo-se referenciar, de passagem, a conhecida interpretação⁷⁵ feita pelo referido Órgão do já revogado art. 192, §3º da Constituição Federal.

O fundamento utilizado para esta decisão se valeu da avaliação dos aspectos formais da norma, caracterizando-a como norma de eficácia limitada, embora tenha surgido controvérsias acerca do possível juízo político-econômico formulado pelos Ministros perante seus respectivos julgamentos.

Neste cenário, se reconhece a preponderância da norma fundamental, tendo buscado, com o disposto no §1º do art. 5º, a sua aplicação imediata, isto é, sem depender da atuação legislativa, de modo a se alcançar a máxima e plena efetividade daquelas garantias expressas.

Assim, pelo menos no que se refere ao direito brasileiro, os mecanismos tradicionais podem se mostrar, conforme ligeiramente tratados acima, incapazes de consagrar plenamente a

⁷⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4. Julgado em 07 de março de 1991.

efetividade de seus intentos, quando não servem ao propósito oposto, salvo nos casos de eficácia plena da norma fundamental.

Para Cláudio Pereira de Souza Neto⁷⁶, a utilização de uma teoria constitucional pátria como instrumento de negação de potenciais executórios das disposições da Carta Magna, dá causa a convicção de ser necessário seguir em direção a retomada dos discursos de fundamentação dos direitos humanos, com o respectivo estabelecimento de critérios materiais norteadores da atividade interpretativa.

Paradoxalmente, entretanto, observa-se a preocupação do constituinte derivado em proceder mudanças no texto Constitucional para acomodar tratados internacionais à realidade doméstica, ocorrendo igual fenômeno no direito comparado⁷⁷, mesmo não se verificando uma execução integral daquelas premissas já expressas.

Nessa conjuntura, verificando-se a importância de se alcançar uma plena efetividade direitos fundamentais, há de se considerar que estes integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, fazendo parte não apenas da Constituição formal, mas também do elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, consagra definitivamente a íntima relação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais⁷⁸.

A concepção de uma teoria geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma tese integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três ou mais dimensões, combinando-as de forma otimizada para a máxima garantia de direitos humanos⁷⁹.

No plano da teoria constitucional, o argumento mais importante em apoio a esse esforço de reconstrução é o de que a Constituição deve ser concretizada em sua totalidade⁸⁰. Assim, ao mergulhar nesse debate sobre a fundamentação dos direitos humanos, deixa a atualidade de se preocupar com a tarefa mais importante, qual seja, efetivá-los, tendo em vista que eles já alcançaram uma aceitação amplíssima, quase unânime e de inquestionável valor no mundo ocidental, de modo a se encontrarem, atualmente, positivados e prontos para aplicação.

⁷⁶ NETO, Claudio Pereira de Souza. **Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. p. 203.

⁷⁷ JÚNIOR, Gasi Said Laham. **A incorporação de Tratados Internacionais à Constituição Brasileira: A abertura internacional**. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. 2017. p. 13.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª Ed. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2012. p. 58.

⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 39.

⁸⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2006. p. 63.

Essas garantias, acaso não executadas de maneira natural, pelo legislador ou pelo Estado, devem encontrar caminhos de efetivação através da atuação judicial, num exercício de interpretação da norma fundamental posta sob seu âmbito de julgamento.

Essa atividade judicial reverbera responsabilidade e preocupação acerca de qual a forma mais segura de se atingir a essência da norma. No plano prático processual, por exemplo, a produção judicial, embora encarregada de um exercício de cognição que traga à lume a acepção de direitos humanos e fundamentais as necessidades dos jurisdicionados, reclama uma acurada atividade interpretativa por meio de mecanismos positivados que contribuam para a plena observância desse grupo de garantias na perspectiva formal e material.

É devido a isto que, na atividade hermenêutica, a utilização de instrumentos processuais, à luz de uma teoria de precedentes judiciais, surge como necessária e essencial ao Estado de Democrático de Direito.

Neste ponto, Fernanda Estevão Picorelli⁸¹ faz aguda observação, ao afirmar que “(...) no Estado democrático contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo”.

Essas providências jurisdicionais, entretanto, por vezes ganham relevos de instabilidade, e não exercem seu papel essencial de garantir ao cidadão experimentar valores basilares e inalienáveis, como a isonomia e a segurança jurídica.

Essa ocorrência deriva em todas as searas jurídicas. Contudo, a atividade jurisdicional no processo penal, em razão de sua instabilidade cujos reflexos podem alterar o futuro da liberdade dos indivíduos, recebe os influxos teóricos desta pesquisa. Fica a cargo do tópico seguinte, contudo, o empenho em diluir algumas questões acerca desta problemática.

⁸¹ PICORELLI, Fernanda Estevão. **A Justiça e o Paradigma**. Revista de Processo n° 241, mar., 2015, p. 444.

2. A PROMOÇÃO DA IGUALDADE COMO DIREITO HUMANO UNIVERSAL

2.1 Escorço histórico da igualdade

A compreensão do ponto nevrálgico desta pesquisa passa necessariamente pela teorização do direito a igualdade, cujo entendimento materializa-se e funda-se na sua perspectiva história e nos seus reflexos em matérias de ordem legislativa e fático-jurídicas.

Se faz necessário, então, deslocar o direito à igualdade de uma matriz jusfilosófica abstrata para uma vertente concreta, submetida a uma exigência de controle jurídico que resplandece a busca pela estabilidade cognitiva das produções judiciais. Aprofunda-se essa linha de raciocínio através de um apanhado histórico que nasce desde a Grécia antiga até as projeções normativas internacionais pós-guerra.

Pois bem. As primeiras ponderações sobre igualdade se assentaram na projeção de justiça por meio da divisão igualitária de bens, deveres e vedação a privilégios de um grupo em detrimento a outros. Assim, pode-se afirmar, inicialmente, que a adoção de um sistema de igualdade – na seara social, econômica e jurídica – é reflexo da teorização deste princípio desenvolvida desde a era aristotélica.

Como ligeiramente afirmado nas linhas anteriores, a noção de igualdade entre os seres humanos não é uma descoberta contemporânea. Filósofos já se preocupavam com o tema e suas inferências séculos antes do início da era cristã.

Contudo, o significado do princípio da igualdade não pode ser fornecido sem que antes se responda a duas perguntas elementares, sob pena de não se ir além de uma significação abstrata: igualdade em quê? e igualdade entre quem?⁸²

Igualdade, em síntese genérica, significa haver uma relação proporcional, equivalente e paritária entre indivíduos que compõem uma ordem social, ou, nas palavras de Norberto Bobbio⁸³, “o homem como pessoa – ou para ser considerado como pessoa – deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade.”

Louvando-se na doutrina de Fábio Comparato, ao desenvolver a perspectiva teórica do direito a igualdade, Alexandre de Moraes⁸⁴ asseverou que o que se veda são as diferenciações arbitrárias e as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na

⁸² BUHRING, Marcia Andrea; CAVALHEIRO, Alice Corso Cavalheiro. **Evolução histórico-conceitual do princípio da igualdade e os limites da discriminação legal**. Revista Direito em Debate. A no XIV nº 26, jul./ de z. 2006, p. 81-104.

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 07.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Atlas. São Paulo, 1999. p. 61.

medida em que se desigalam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, já que realmente o que se protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontrar a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.

Consoante posiciona-se Norberto Bobbio, a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a essa relação um valor, o que faz dela uma meta humanamente desejável, é o fato de ser justa. [...] A justiça é o bem supremo do todo enquanto composto de partes⁸⁵.

Nesse sentido, José Afonso da Silva⁸⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁷, seguindo a linha de inteligência de Bobbio, referem-se a Aristóteles como o pioneiro na vinculação das ideias de “igualdade” e “justiça”, ao anunciar a notória afirmação de que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu”.

Foi também entre os gregos (pitagóricos) que nasceu a noção de que a igualdade é justiça. Para eles, a harmonia e regularidade do universo, concebido como *kosmos* (totalidade ordenada), se traduz na esfera humana em uma correlação de condutas, e a justiça (*dikê*) se caracteriza como uma relação de igualdade entre dois termos, como por exemplo, uma injúria e sua reparação⁸⁸.

Esta concepção percorre todo o pensamento grego, até sua mais completa e última formulação, com Aristóteles, na “Ética a Nicômano”, que identifica a justiça como uma virtude completa e social.

Além de questionar sobre a forma da igualdade – feita na Ética a Nicômaco, ao tratar das várias espécies de justiça –, Aristóteles se perguntou sobre o conteúdo dessa igualdade. Nas sociedades gregas, e em específico em Atenas, iguais eram apenas os cidadãos. Uma série de outras classes, grupos, gêneros e estamentos estava fora dessa igualdade⁸⁹.

Desta feita, cabe indagar, em que pese tudo isso, em que classe de igualdade que Aristóteles estava construindo como intrínseca à ideia de bem comum. Em tal sentido, o pensador acreditou que a igualdade (*ison*)⁹⁰ aplicada a uma regra política não é a igualdade numérica (aritmética, *arithmoi*), mas a igualdade proporcional (baseada no mérito, *kath' axian*)⁹¹.

⁸⁵ Ibidem. p. 15/16.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 212.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10/11.

⁸⁸ TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan.mar. 1998. p. 244.

⁸⁹ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. Editora Atlas. São Paulo, 2018. p. 89.

⁹⁰ Outro significado presente é o de justo como íson (igualdade), como virtude particular, ou, ainda, como um ponto intermediário, um meio-termo, com as várias distinções que se tomaram tradicionais. A primeira espécie de justiça particular é a que se manifesta “nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas.

⁹¹ TIerno, Patricio. **Aristóteles. A teoria política da constituição e a deliberação**. Universidade de São Paulo, 2008. p. 230.

Tomás de Aquino mostra como na teoria aristotélica ocorre uma distinção entre o agente e o sujeito; a justiça entre dois indivíduos é estabelecida pelo restabelecimento da igualdade rompida, tendo em vista o agente, enquanto a justiça estabelecida pelo juiz, realiza-se no sujeito que sofreu uma injustiça⁹². Escreve Tomás de Aquino que a satisfação se expressa pela igualdade, sendo que somente por meio da igualdade será assegurado o ato de justiça de um indivíduo em relação a outro.

Mesmo após ampla contribuição da teoria aristotélica acerca da construção do ideal de igualdade, foi perante a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos⁹³.

Esse nuance histórico da igualdade impeliu Fábio Konder Comparato⁹⁴ a enfatizar que o marco sobre o reconhecimento, pelos povos, da igualdade essencial humana ocorreu a partir do período axial, momento este que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como indivíduo dotado de liberdade e razão, não obstante a existência de múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais.

Foi com o cristianismo, contudo, que a igualdade entre os homens ganhou fôlego, sendo relevante objeto de preocupação na teologia⁹⁵. Mas essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados, em relação aos colonizadores europeus⁹⁶.

De qualquer forma, a mensagem religiosa indicava, no plano divino, uma igualdade entre todos os seres humanos, apesar de suas inúmeras diferenças individuais e grupais. Restava aos teólogos, por sua vez, o aprofundamento da ideia de uma natureza comum a todos os homens, cuja teoria fora firmada a partir dos conceitos postulados pela filosofia grega.

Na linha filosófica de Kant, emerge a ideia de que a violação da liberdade do outro ocorre porque se rompe a relação de igualdade existente entre os homens, que assegura ao homem a sua humanidade, que se encontra determinada pela liberdade⁹⁷. A igualdade inata ao

⁹² BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2ª ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre, 2013. p. 158.

⁹³ *Ibidem*. p. 15.

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Saraiva, 2013. p. 10.

⁹⁵ VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro. Editora América Jurídica, 2003, p.3-16.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ KANT, Emanuel. **Metaphysik – Metafísica dos Costumes**. Editora Vozes, 2013. p. 105.

ser humano significa, para Kant⁹⁸, independência de não ser obrigado àquilo que os outros reciprocamente não são obrigados.

Noutra perspectiva histórica, as revoluções liberais – a começar da inglesa, passando pela independência dos EUA e principalmente pela Revolução Francesa – alteraram o estatuto político, social, econômico e jurídico ocidental.

O reconhecimento ou a presunção de uma igualdade natural dos homens, com o corolário de tratamento igualitário, chamada de igualdade constitucional, mandato da igualdade ou técnica da igualdade foi a novidade fundamental da filosofia racionalista e individualista dos séculos XVII e XVIII, consagrada em todas as Declarações de Direitos do Homem que se seguiram às Revoluções Liberais, até se converter um dogma jurídico-político nos Estados Modernos⁹⁹.

Luiz Felipe Ferreira Mendonça Cruz¹⁰⁰, nessa linha intelectual, dispôs que as revoluções liberais do final do séc. XVIII trouxeram inúmeras mudanças, tanto políticas quanto sociais, econômicas e científicas, com reflexos em todas as áreas do conhecimento, inclusive no Direito. Na área jurídica, merecem destaque as declarações de direitos, sendo a declaração de 1789 – Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – a mais marcante.

Tais documentos, fundamentados na noção de soberania popular, impuseram limites e condições ao exercício do poder, entre os quais a igualdade.

A partir da consideração de um hipotético estado de natureza, feita inicialmente por Hobbes, no séc. XVII, e seguido por Locke, postulou-se serem todos os homens livres e iguais na natureza e desigualando-se apenas quando passam para o estado civil, para o fim de obter paz, segurança e conservar a liberdade e propriedade¹⁰¹.

O Iluminismo, ao difundir a liberdade e a igualdade entre os homens e direitos naturais, serviu de arma de combate contra o absolutismo. Os ideais racionalizadores do iluminismo encontraram seu ápice no Código Civil de Napoleão de 1804, que buscava assentar o direito em bases seguras e unitárias¹⁰².

Procurou distanciar-se do caos normativo do *Ancien Régime*. Fundada em uma hipotética razão universal, consagrou o princípio da igualdade, abolindo privilégios

⁹⁸ Kant, já no séc. XVIII, articula igualdade à liberdade, com centro ou cerne da própria noção de Direito, asseverando ser o direito o conjunto das condições por meio das quais a vontade de um pode estar de acordo com a de outro, segundo uma lei geral de liberdade limitada pelo critério da igualdade, que só pode ser garantida por uma "legislação pública" existente no "estado civil", constituído através de um contrato (pacto de submissão) entre vontades livres. No estado civil, a lei, obrigatória para todos, assegura essa liberdade determinada segundo leis gerais, ou a igualdade na liberdade. In: TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan.mar. 1998. p. 252.

⁹⁹ TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan.mar. 1998. p. 250-251.

¹⁰⁰ CRUZ, Luiz Felipe Ferreira Mendonça. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Universidade de São Paulo, 2011. p. 12.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 251.

¹⁰² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro. Lumen Iuris, 2004; 2. Ed., 2008.

estamentais. Para tanto, exigiu-se a construção de um direito único, válido para todas as pessoas, que deveria ser geral e abstrato, para garantir a segurança jurídica e moldar-se a economia capitalista em processo de expansão¹⁰³.

Todavia, foi Rousseau, um dos principais filósofos do iluminismo, seguindo as concepções aristotélicas (igualdade nas relações)¹⁰⁴, quem teorizou a igualdade civil, considerando a existência de dois tipos de desigualdades: as naturais ou fiscais e as morais ou políticas¹⁰⁵, sendo que as políticas - estabelecidas por lei - tinham como fundamento a propriedade privada.

Esmiuçando essa leitura histórica sobre o direito a igualdade, e recorrendo aos preceitos expressados por Rosseau, Maren Guimarães Taborda¹⁰⁶ considerou que o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer “isto é meu”, e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo, embora que, ainda assim, todos os homens deveriam ser considerados iguais perante a lei (*devant la loi*), para que não reinasse o despotismo político a partir da diferença de posses, que em última instância, era a principal causa das desigualdades.

A igualdade, então, passa a ser entendida como uma noção lógica, filosófica, teológica, sociológica, integrando, ainda, uma composição normativa e de cunho fundamental. Vê-se nesse ideal que os modelos de Estado e seus propósitos são condicionantes da igualdade existente em cada época e lugar.

Eis a razão pela qual Márcia Andrea Buhring e Alice Corso Cavalheiro¹⁰⁷ afirmam que a maior ou menor amplitude que se dá à igualdade, conduzindo-a de forma mais ou menos efetiva e realizável, depende exclusivamente dos propósitos de cada sociedade e de seu Direito, que irão constituir um modelo de Estado voltado a atingir aquelas metas predefinidas¹⁰⁸.

Sem destoar desta concepção de igualdade através de um arcabouço histórico, Flávia Piovesan considerou que a primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela

¹⁰³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 80.

¹⁰⁴ ARISTÓTELES. **A Política.** Editora La Fonte. São Paulo, 2021. Por exemplo, no Livro Sétimo, Capítulo I, parágrafo 6, assevera o estagirita: “O princípio fundamental do governo democrático é a liberdade; a liberdade, diz-se, é o objeto de toda democracia. Ora, um dos característicos essenciais das liberdades é que os cidadãos obedeçam e mantêm alternativamente; porque o direito ou a justiça, em um Estado popular, consiste em observar a igualdade em relação ao número, e não a que se regula pelo mérito. Segundo essa ideia do justo, é preciso forçosamente que a soberania resida na massa do povo, e que aquilo que ele tenha decretado seja firmado como o direito ou justo por excelência, pois que se pretende que todos os cidadãos têm direitos iguais. Disso resulta que, nas democracias, os pobres têm mais autoridade que os ricos, pois que são em maioria, e os seus decretos têm força de lei. Eis aí, pois, um sinal característico das liberdades tal é a definição que todos os partidários do Estado popular dão da república”, p. 136/137.

¹⁰⁵ ROSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os Homens.** L&PM, São Paulo, 2008. pág. 234.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 252.

¹⁰⁷ BUHRING, Márcia Andrea; CAVALHEIRO, Alice Corso. **Evolução Histórico-Conceitual do Princípio da Igualdade e os limites da Discriminação Legal.** Revista Direito Em Debate. 2013. <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2006.26.%p>

¹⁰⁸ Ibidem. p. 91.

tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal¹⁰⁹.

Outro fator importante ao reconhecimento do princípio da igualdade foi o desenvolvimento do Direito constitucional moderno (reconhecimento de direitos fundamentais a nível nacional).

Deriva desta amostra argumentativa, por exemplo, a declaração de independência dos Estados Unidos da América (1776), cujo teor impôs força ao princípio da igualdade, quando, de forma manifesta, previu logo no seu parágrafo 2.º que “todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos direitos inalienáveis¹¹⁰”.

A Revolução Francesa, em 1789, revelou-se também um marco fundamental na proclamação do princípio da igualdade, sendo a igualdade, precisamente, um dos seus princípios basilares¹¹¹.

Coleta-se, ainda, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o imperativo dos princípios da igualdade e da proibição da discriminação. Este instrumento internacional de direitos humanos, dentre outras funções progressistas, reafirmou expressamente a ideia da relação entre o princípio da igualdade e o princípio da proibição de discriminação, sublinhando também a questão da igualdade perante a lei.

Essas manifestações expressas do direito a igualdade formaram subsídios a criação de uma conjuntura normativa internacional direcionada para a proteção dos grupos vulneráveis. Assim, foram empreendidos esforços ao desenvolvimento de paradigmas que relacionassem a busca pelo resguardo do direito destes grupos ao ideal de igualdade.

Nesse viés, reconheceu-se a particularidade dessas ordens sociais e determinou-se a criação de garantias específicas para a sua efetiva proteção, como, por exemplo, a adoção de instrumentos vinculativos dedicados especificamente à proteção das crianças, dos trabalhadores imigrantes e das pessoas portadoras de deficiência¹¹².

Atualmente, nos países de tradição jurídica continental (na qual o Brasil se inclui), é indiscutível serem as ideias de liberdade e igualdade os valores superiores dos ordenamentos jurídicos, tais como vêm concebidos e representados nas diversas Constituições, isto é, como conteúdo material da Justiça e do pluralismo político.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª Ed. Revista ampliada e atualizada. p. 62

¹¹⁰ Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América. Disponível em: https://agal-gz.org/faq/lib/exe/fetch.php?media=gzeditoria:declaracao_da_independencia_eua.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

¹¹¹ OLIVEIRA, Bárbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita Páscoa dos. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste**. Teoria e Prática. Coimbra-PT, 2015. p. 373.

¹¹² *Ibidem*. p. 377.

Outra não foi a razão pela qual a Constituição de Federal Brasileira de 1988, ainda em seu preâmbulo, deixou expressa a igualdade como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito¹¹³.

A existência de uma sociedade e de seu respectivo sistema jurídico passa necessariamente pelo reconhecimento de que, sem a igualdade entre seus povos, haverá uma inalcançável certeza de direito, o que condena a existência do convívio humano em grupos sociais. A propósito, conforme declinado no capítulo anterior, louvando-se da frase da obra jurídica romana, o Digesto: “assim, então, para o bem do homem o direito se constituiu”.

Neste sentido, não se pode ignorar a advertência de Eduardo Cambi, ao citar Macpherson, quando explana que só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana¹¹⁴.

2.2 Possíveis âmbitos de incidência: igualdade na criação legislativa, perante a lei e no momento aplicativo

A universalização é condição de existência legítima de um dever e, ao implicar em imparcialidade, cada ser humano deve considerar-se igual a qualquer outro ser racional, no que concerne direitos e deveres.

Então, a igualdade também passa a ser uma condição moral e jurídica e exige uma reciprocidade incondicionada no tratamento com o outro, de modo que não será legítimo ou lícito tratar alguém segundo certo princípio e, no mesmo passo, exigir que esse alguém o trate por princípio diverso.

Nesse passo, a isonomia é revestida de valor fundamental no Estado Democrático de Direito, ostentando força normativa frente as relações privadas e disciplinando a produção normativa e aplicação da lei pelos agentes públicos. Esse panorama apresenta uma perspectiva da amplitude de incidência desta garantia em diversos aspectos da vida em sociedade.

A igualdade, ao receber atenção da filosofia política, no mundo moderno, ganhou o *status* de direito fundamental do homem, passando a ser contemplada em diversas constituições e documentos normativos internacionais.

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.”

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 27.

Entretanto, a emergência em se debater o direito à igualdade não é uma tratativa contemporânea, seja tanto a igualdade no direito como a igualdade entre Estados. A preocupação surge deste a era cristã. Nesse passo, essa garantia não é delineada apenas como um direito fundamental do homem, mas constitui também um dos elementos básicos para a constituição da justiça¹¹⁵.

E são os critérios de justiça que inserem à igualdade uma incógnita existencial: quando duas pessoas em determinadas situações devem ser consideradas ou tratadas como iguais, de modo que a igualdade entre elas seja necessariamente justa?

É sintomática desta guinada a posição de Norberto Bobbio¹¹⁶ quando descreve que se faz necessário inicialmente estabelecer como àquele indivíduo deve ser tratado de maneira justa e, após consagrar o critério de tratamento, aplicar a exigência de se garantir que o tratamento igual seja resguardado aos que se encontrem em igual situação ou circunstância.

Emanuel Kant¹¹⁷ considerou que os homens são iguais de acordo com sua racionalidade. Para ele, o homem se identifica com a razão e todo ser racional é um fim em si mesmo, haja vista que pode atuar com autonomia. Nessa linha intelectual, a singularidade do homem encontra-se em sua capacidade de usar a razão.

Na sociedade civil, que movimenta o princípio da igualdade em direção aos seus membros, embora subservientes, caracterizam-na como uma norma aplicada a todos pois é posta por todos.

Esse ideal teórico reflete a igualdade sob três aspectos: igualdade de todos os seres racionais que possuem um direito inerente, inato, a liberdade; enquanto limitação dos arbítrios individuais e estatais na composição da sociedade civil; e igual participação na legislação jurídica, posto que reflete na vontade geral da comunidade.

Seguinte essa premissa, Canotilho¹¹⁸ pontua que o princípio da igualdade conjuga dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais que são inerentes ao conceito de Estado de Direito Democrático e social.

Esse cenário leva Jeancesar Ditzz de Souza Ribeiro¹¹⁹ a perfilhar a ideia de que a igualdade essencialmente consiste na proibição de privilégios ou benefícios no exercício de

¹¹⁵ FARIA, Anacleto de Oliveira. **Princípio da Igualdade Jurídica**. São Paulo: Edusp e RT, 1973, p. 23.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**, tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: EDIOURO, 1996, p. 14 e seguintes.

¹¹⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de Justiça em Kant: seu fundamento na Liberdade e na Igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 326.

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 336-338.

¹¹⁹ RIBEIRO, Jeancesar Ditzz de Souza. **Princípio da Igualdade no Direito Internacional Público e sua Aplicação nas Nações Unidas**. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2015. p. 37.

algum direito. Complementa ele que essa proibição de privilégios incluir a não-isenção de deveres, bem como a proibição de prejuízos, privação de direitos e imposição de deveres.

Noutra perspectiva panorâmica perante esse tema, Ronald Dworkin¹²⁰ debruça-se sobre a igualdade, almejando um conceito exigente diante das perspectivas existencial, econômica e jurídico-política.

Em sua forma prática, investiga o modo pelo qual a igualdade se concretiza e quais as nuances que mais diretamente afetam o mundo atual, isto é, a política de saúde, a garantia de acesso às mesmas oportunidades de trabalho e as políticas de superação do confinamento social. Apesar de partir de uma perspectiva britânico-americana, sua reflexão almeja a validade universal.

E é considerando a fase contemporânea de profundas e velozes transformações que Dworkin busca, por meio de um conceito de igualdade aplicável às sociedades plurais contemporâneas, oferecer uma reflexão que pretende superar conflitos e traçar um novo caminho.

Para tanto, parte o autor da manifestação teórica de que a estrutura estatal seja concebida como instituição dos direitos fundamentais. Neste passo, propõe a criação de mecanismos institucionais que tomem os direitos fundamentais origem e finalidade não apenas do Estado, mas de todas as instituições, inclusive as não-estatais.

Convém, assim, que a igualdade possa ao menos navegar entre as demandas de um tempo que se centra na multiplicidade de suas vozes. Como, então, articular um conceito de igualdade que contemple a diversidade mundial? Como perquirir sobre a igualdade de fato quando se é excluído do processo de produção de riquezas? Como exigir de alguns o cumprimento de normas que nem mesmo podem ser consideradas como obrigação para muitos?

Pontue-se, entretanto, que requerer o emprego da igualdade quando são oferecidas as mesmas oportunidades e horizontes é bem diferente de exigir o seguimento de normas que não fazem sentido exatamente por desconhecerem sua materialidade cultural, econômica ou jurídica.

Sintetizando essa penetração no Estado Democrático Brasileiro, compartilha-se da proposta ofertada por Luiz Guilherme Marinoni¹²¹, quando descreve uma trílice vertente: igualdade de tratamento dos sujeitos no processo; igualdade de acesso à ordem jurídica justa;

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005. Tradução por Jussara Simões. p. 25.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 112-113.

igualdade na criação de procedimentos e técnicas processuais adequadas às particularidades de determinados titulares de direitos ou especificidades dos interesses conflituosos.

O princípio da igualdade é explanado por Alexandre de Moraes¹²² a partir da consagração de dois planos distintos. De um lado, esta garantia deve ser operada pelo legislador ou pelo próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica.

Noutra perspectiva, emerge - a partir do referido princípio - a obrigatoriedade ao intérprete de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.

Neste passo interlocutório, ao legislador é defeso editar normas que se afastem do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. De igual forma, o intérprete não pode aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades, assim também cabendo a autoridade política. Ao particular também resta vedado pautar suas ações (e omissões) em atos discriminatórios, preconceituosos, racistas ou sexistas.

Oportunamente, Uadi Lammego Bulos¹²³ discorre que o Pretório Excelso apontou o tríplice objetivo do pórtico da isonomia: limitar o legislador, o intérprete (autoridade pública) e o particular.

Nesta perspectiva, aponta o autor que a diretriz da igualdade limita a atividade legislativa, aqui tomada no seu sentido amplo, de modo que este não poderá criar normas veiculadoras de desequiparações abusivas, ilícitas, arbitrárias, contrárias à manifestação constituinte de primeiro grau.

Ainda ao construir aportes teóricos na tratativa sobre o vetor constitucional da igualdade, Bulos¹²⁴ aborda que autoridade pública também está sujeita ao ditame da isonomia pois, por exemplo, um julgador não poderá aplicar atos normativos que virem situações de desigualdade. Cumpre-lhes, ao contrário, extinguir arbitrariedades ao exercer a jurisdição no caso litigioso concreto.

Denota-se, a partir desta fundamentada estrutura argumentativa, a necessária existência de mecanismos de uniformização da jurisprudência, tanto na órbita constitucional (recursos extraordinário e ordinário) como no campo infraconstitucional (legislação processual).

¹²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

¹²³ BULOS, Uadi Lammego. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77/78.

¹²⁴ *Ibidem*.

Ao particular, conforme preconiza o autor, resta vedado direcionar a sua conduta no sentido de discriminar os seus semelhantes, por meio de preconceitos, racismos ou maledicências diversas, sob pena de ser responsabilizado civil e penalmente, com base na Constituição e nas legislações em vigor.

Leonardo Greco¹²⁵, alerta para esta dimensão destacada da isonomia ao afirmar que não se limita a um direito à igualdade perante a lei, a que corresponde um dever imposto ao legislador, mas inclui a igualdade na lei, ou seja, na sua aplicação, por parte dos administradores e do próprio Judiciário.

No mesmo sentido, leciona Alejandro Romero Seguel¹²⁶ converge com as afirmações de Greco, ao pontuar que a observância da garantia da igualdade é medida quase exclusivamente na atuação do legislador, como se fosse o único órgão político que pudesse discriminar arbitrariamente.

Finalmente, nas palavras de Javier Adrián Coripuna¹²⁷, o direito à igualdade prevalece frente ao Poder Legislativo, à Administração Pública, ao Poder Judiciário e ao Tribunal Constitucional, já que tal garantia pode ser assimilada em dois sentidos, a igualdade perante a lei e a igualdade na aplicação da lei, sendo que este é um limite à atuação dos órgãos encarregados da sua aplicação, como o Judiciário.

No entanto, considerando o recorte epistemológico aqui proposto, a projeção relevante é a do dever de igualdade imposto aos intérpretes da norma, de modo a se assegurar uma produção judicial revestida de coerência, integralidade e, por consequência, de segurança jurídica.

Todavia, conforme se verificará no tópico seguinte, a jurisprudência brasileira, especialmente aquela oriunda das demandas processuais penais, vem apresentando padrões decisórios díspares sobre o mesmo texto legal, refletindo numa instabilidade do direito a igualdade.

Neste passo, avulta a imprevisibilidade de interpretação normativa perante os respectivos jurisdicionados, além de pôr em risco o direito à liberdade dos indivíduos. Tal prática também gera descrédito do poder judiciário frente a sociedade e enfraquece o ideal de teoria unificada do direito.

¹²⁵ GRECO, Leonardo. **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006, p. 296.

¹²⁶ SEGUEL, Alejandro Romero. **La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho una perspectiva procesal**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 61.

¹²⁷ CORIPUNA, Javier Adrián. **La jurisprudencia vinculante de los altos tribunales como limite al principio de independencia judicial**. **Estudios al precedente constitucional**. Coord. de Edgar Carpiá Marcos e Pedro P. Grandéz Castro. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 116-117.

2.3 A abordagem dos Direitos Humanos no Processo Penal: a tensão entre isonomia e instabilidade judicial

Viu-se nos tópicos anteriores os vetores históricos que constituíram os Direitos Humanos e os consagraram nos planos social e normativo internacional, bem como fora delineado o seu ambiente de aplicação global através de instituições de amparo mundial, como a Organização das Nações Unidas.

Ainda, abordou-se como as normas de Direitos Humanos comportam-se no ordenamento jurídico brasileiro, e como sua efetividade reclama, por vezes, a atuação do Poder Judiciário o qual, no seu pleno exercício hermenêutico, acaba julgando em descompasso com essas próprias garantias fundamentais constitucionalmente previstas.

Esse cenário apresenta elementos capazes de subsidiar a necessidade de evidenciar a constelação de direitos fundamentais cuja matriz será abraçada, neste tópico, por uma dogmática normativo-processual, sob a luz de uma teoria de justiça, que dentre diversos aportes e implicações na *praxis*, sustenta a sacralidade ao direito por meio de uma concepção de isonomia processual.

O edifício teórico que cerca esta temática dedica uma especial atenção aos pressupostos da isonomia cuja importância, para a teoria do direito, é indubitosa e ganha relevo pela sua pretensão de correção das decisões judiciais, isto é, uma proposta de aprimoramento, crítica e controle da produção judicial.

Nesta esteira, sabe-se que a cadeia decisional dos tribunais superiores gera, no ordenamento brasileiro, um padrão a ser seguido pelos componentes do respectivo sistema jurídico nacional.

Essa idealização inaugura uma abordagem essencial a compreensão da instabilidade das decisões judiciais e o embate causado junto aos direitos humanos e fundamentais. Tal tratativa é denominada como modelo precedentalista e advém genuinamente do sistema jurídico originado na Inglaterra, o *Common Law*, cuja essência exerce influência no complexo jurídico brasileiro a partir da incorporação das jurisprudências e precedentes judiciais como parâmetros de julgamento.

As considerações acima decorrem do fato de que a instabilidade aqui debatida é oriunda das decisões judiciais proferidas em descompasso entre si, num mesmo tribunal ou em órgãos jurisdicionais hierarquizados, especialmente quando seus fundamentos foram exaustivamente debatidos e nortearam o proferimento do julgamento de um caso costumeiramente repetido.

As sentenças que geram bases jurídicas passíveis de serem aplicadas em casos semelhantes ou idênticos são denominadas como precedentes. E precedentes são, antes de qualquer coisa, decisões judiciais.

A nível epistemológico, os precedentes são compreendidos por Danyelle Galvão¹²⁸ em dois sentidos, amplo e restrito. Em sentido amplo, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para julgamento de casos análogos, considerando o ato decisório apenas como um todo e não apenas no seu dispositivo.

Por sua vez, no sentido restrito, o precedente judicial é a norma extraída da decisão (*ratio decidendi*), isso é, apenas parte do ato decisório, cuja potencialidade é se firmar como paradigma¹²⁹.

O precedente, enquanto instituto gerado e aprimorado no *common law*, apoia-se numa tradição jurídica, e ao imprimir um ideal de segurança jurídica, foi transportado para países de tradição romano-germânica, volvendo a responsabilidade de potencializar as demandas judiciais em parâmetros concretos de estabilidade, coerência, isonomia e unidade do direito.

Seguindo os passos desse movimento em direção ao modelo consuetudinário, o Brasil se filiou a essa construção atentando para a nossa tradição e realidade, a tal ponto de se afirmar que o modelo aqui implantado se afastou do seu paradigma inspirador¹³⁰.

As discussões acerca da adesão ou não de um sistema precedentalista, no Brasil, está superada há muitos anos. O que resta é o debate acerca do grau de vinculação e as formas de distinção e superação dos entendimentos judiciais, levando em consideração, sobretudo, o repetido argumento contrário de violação do exercício da cognição judicial, especialmente nos casos de precedentes vinculativos.

A oscilação jurisprudencial constante e a existência de contraste de entendimentos em um mesmo tribunal, como na realidade brasileira, reclama a pertinência e a necessidade de um ordenamento jurídico se filiar ao sistema de precedentes.

Essa providência não deslegitima a atuação do julgador e sua liberdade de entendimento, mas estabelece que este, no exercício de sua função pública, deve se ater ao fato de que integra um sistema de distribuição de justiça cuja função essencial é prestar serviço ao cidadão, o qual possui direitos fundamentais a serem obrigatoriamente observados, como a isonomia processual.

¹²⁸ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 45.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 45.

¹³⁰ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 132 e 145.

A decisão é o resultado de um sistema, logo, imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter aos precedentes das Cortes Supremas é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao cidadão.

A instabilidade e as constantes discrepâncias das decisões judiciais do país deram origem a um renovado interesse na hermenêutica no sentido de conter a discricionariedade judicial. No mesmo cenário, apresentou aparatos para a previsão legal que expressa sobre os deveres de coerência, estabilidade, publicidade, integridade e uniformização de jurisprudência, atualmente estabelecidos no art. 926 do Código Processual Civil.

Um desses aparatos, a propósito, é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cuja função imprime a exaltação dos deveres acima mencionados, além de dedicar especial atenção ao direito de igualdade do jurisdicionado perante as decisões judiciais e o Poder Judiciário.

O dever de coerência que reverbera o postulado da igualdade gera preocupação, pelo legislador e pelos operadores do direito, com a responsabilidade do que está sendo feito agora em relação as produções judiciais e seus reflexos em decisões futuras, de modo a se alcançar julgamentos que levem em consideração os padrões daquilo que semelhantemente já foi decidido e que solidifique a atuação do Poder Judiciário enquanto organismo, como uma unidade.

Essas tarefas ocorrerão sob o amparo da integridade e coerência¹³¹, verificando essa dualidade principiológica por meio de um resgate do direito a ser aplicado no caso concreto, observando, sempre que possível, a aplicação da matéria na seara jurisprudencial.

Nessa conjuntura, mostra-se descabida e inoportuna a atuação do julgador que adota uma postura cognitiva através de juízos pessoais e arbitrários, sem observar a prática judicial que lhe antecede ou um limite de sua atividade interpretativa. Esse exercício de atividade cognitiva, sem oposições que a demarquem, pode gerar prejuízos a unicidade do direito e a isonomia do jurisdicionado.

A interpretação dos textos legais reclama atenção à própria unidade sistêmica, à força normativa da Constituição e a aparente tradição jurisprudencial do ordenamento jurídico pátrio. A sua inobservância demonstra uma necessária proposta de correção da forma de aplicabilidade

¹³¹ “Integridade e coerência constituem um complexo de situações jurídicas passivas a cargo dos tribunais. Atuam como mecanismos para o progressivo aprimoramento do microsistema de precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico pátrio.” (STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 926. In: STRECK, Luiz Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, Saraiva, 2016. p. 1186). “Direito enquanto integridade, então, exige um juiz para testar sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estruturas públicas e decisões de sua comunidade, perguntando se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justifique a rede como um todo”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 2).

da lei que atenda não só a valores de equidade processual, mas também confira um realce a identidade de segurança que a atividade jurídica deve necessariamente apresentar aos cidadãos.

Essa projeção teórica, em linhas objetivas, traz pertinência de análise através da verificação de casos concretos em que os julgadores concentram exclusivamente a cognição judicial em suas mãos, apresentando diversidade de entendimentos em decisões judiciais, num curto período, apesar de tratar-se de mesmos ou semelhantes pressupostos fáticos e jurídicos.

Ora, as decisões judiciais devem apresentar estabilidade pois constituem atos de poder que geram responsabilidade a quem os instituiu e efeitos aos seus jurisdicionados. Infere-se deste percurso uma perspectiva de encerramento da instabilidade sobre determinado tema do direito, com um veredito dotado de segurança jurídica e coerência, cujos efeitos incidirão em todo o ordenamento jurídico pátrio e trarão prestígios a postulados fundamentais, como o da isonomia.

Imagine-se um Tribunal Superior, cuja legitimidade de atuação é resguardada pela própria Carta Magna, proferir decisões que refletem variabilidade de entendimentos num mesmo processo, ou em processos diversos compostos pelos mesmos elementos jurídicos e fáticos.

Não se pode normalizar no exercício da atividade jurídica que gere a ideia de loteria judicial, pois tal prática gera imensa insegurança jurídica e decisionismos antidemocráticos. A propósito, Gustavo Santana Nogueira¹³² cirurgicamente afirma que o Judiciário não pode resolver casos assemelhados de maneira diferente, pois gera uma enorme insegurança, devendo, assim, respeitar e estabilizar os precedentes como condições necessárias para que essa imagem se enfraqueça.

A previsibilidade dos julgamentos, desta forma, pressupõe uma visão e uma compreensão da integração do sistema de produção judicial, o que lamentavelmente não ocorre no Brasil, onde ainda permeia o pensamento de que o julgador possui poder de realizar sua justiça, e não o dever de colaborar com o exercício estatal de prestação adequada de tutela jurisdicional, cuja estabilidade das decisões é ato imprescindível.

A partir dessas proposições teóricas no contexto do processo democrático-constitucional, a cognição deve ser reexaminada sob a égide de direitos humanos positivados da Constituição Federal, como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia processual.

¹³² NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quia Movere. A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. p. 43.

Por tal razão se faz necessária a superação do ideal de livre convencimento do juiz pela adoção da persuasão racional pautada no princípio da fundamentação jurídico-legal das decisões judiciais. Esse é o paradigma norteador dos debates acerca da cognição judicial no Estado Democrático de Direito, haja vista que o seu exercício não deve ser resultado do conhecimento cognominado inato à pessoa do julgador.

O processo cognitivo desenvolvido no âmbito constitucional-democrático deve materializar-se no espaço destinado à análise racional da pretensão almejada através das provas e pelos argumentos trazidos pelas partes.

Não se pretende aqui propor a eliminação da atuação legítima do juiz no processo, mas se busca repensar criticamente os limites hermenêuticos de sua atuação, especialmente no âmbito do processo penal brasileiro, onde se localizam inúmeros exemplos desta desarmonia entre os julgamentos e isonomia.

Em um Estado de Direito, a estabilidade é necessária em todas as searas, pois de nada adianta haver estabilidade na legislação quando há frenética alternância das decisões judiciais¹³³.

Um dos avanços esperados com a estabilidade é reduzir a volatilidade das correntes jurisprudenciais, cujo desequilíbrio e desregramento conduz a alterações de rumos sem qualquer critério, passando ao largo de empenhar esforços para estabelecer posturas que consagrem o postulado da isonomia e gerem ao jurisdicionado a percepção de previsibilidade e segurança jurídica.

O que se pretende frisar é que é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir a mesma questão, assim como é inconveniente que os tribunais, surpreendentemente, mudem de posição.

Não se propõe um automatismo judicial, mas objetiva-se discutir formas de lidar com a complexa e alastrada litigiosidade gestada diariamente, observado o pleno exercício da isonomia processual no ordenamento jurídico pátrio.

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, encontra-se fortemente grifada na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do sistema de justiça.

Diz o art. 5.º, *caput*, da CRFB que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...". Como é sabido, o tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam

¹³³ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 57.

e impõem o tratamento desigual. Contudo, devem ser confrontadas possíveis discriminações gratuitas, não fundadas em elementos ou critérios capazes de logicamente impor um tratamento desigual.

Surge, a partir daí, uma importante indagação. Onde reside a igualdade perante as decisões judiciais? Ora, para a obtenção de uma decisão racional e justa, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis.

Nesta dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade no processo e em igualdade ao processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento, de acesso, de procedimento e de técnica.

O trato desigual a situações análogas, ou igual em face de situações diversas, é aberrante da lógica e do sentido do justo, desprestigiando o Judiciário, desservindo o jurisdicionado e insuflando a contenciosidade.

As palavras de William Galbraith Miller, citado por Benjamin Cardozo¹³⁴, revelam exatamente o sentimento provocado pela desigualdade decorrente do irrespeito aos precedentes.

Para os referidos autores, se um conjunto de causas envolve a mesma questão, as partes esperam que se chegue à mesma decisão. Se uma causa foi decidida de modo desfavorável a mim ontem, quando eu era o réu, devo esperar pelo mesmo julgamento hoje, se sou eu o demandante. Uma decisão diferente despertaria um sentimento de ressentimento e erro, seria uma violação, material e moral, de direitos¹³⁵.

Na *praxis* brasileira, especialmente no processo penal, são frequentes os casos em que os órgãos julgadores põem em xeque a credibilidade de suas produções decisórias e a isonomia processual, emanando decisões diversas em casos que possuem similitude fática e jurídica.

Esse panorama revela dois pontos cruciais para esta abordagem temática: a) há uma evidente tensão, no processo penal, entre o postulado da isonomia e os julgamentos dos tribunais pátrios, mormente aqueles realizados pelo órgão de cúpula e corte superior; b) subsiste a necessidade de eleição de instrumentos ou métodos processuais capazes de minimizar essa dispersão judicial, a exemplo, repita-se, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), apesar da ausência de previsão legal que legitime a utilização deste aparato processual na seara penal.

¹³⁴ CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Trad. de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20.

¹³⁵ *Ibidem*.

O julgamento do caso de André Oliveira Macedo¹³⁶, o “André do Rap”, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi exemplo de desacato ao princípio da isonomia. As decisões que apresentaram evidente relevo de instabilidade foram proferidas no bojo do HC 191.836¹³⁷.

Isto porque, num primeiro momento, o pedido de revogação da custódia fora deferido pelo ministro relator, Marco Aurélio de Melo, sob o argumento de excesso de prazo da cautelar¹³⁸. Oito dias depois¹³⁹, o mesmo tribunal, desta vez sob a atuação do ministro Luiz Fux, revogou a decisão anteriormente proferida sob o fundamento de que aquela ofendia jurisprudência interna e oferecia risco a ordem pública. No mês seguinte a decisão de Fux foi submetida ao referendo do Plenário do STF, tendo sido ratificada.

Outra situação que evidencia dissenso pretoriorano e ofensa ao postulado da isonomia, pelo STF, é oriunda dos trabalhos da CPI da Covid no Senado, o que gerou insegurança à respectiva comissão na aprovação de medidas para avançar nas investigações.

Foi o caso, por exemplo, do direito de cada convocado permanecer ou não em silêncio durante os depoimentos na comissão.

Sobre esse tema, Rosa Weber, por meio do HC nº202.940, concedeu ordem ao governador do Amazonas, Wilson Lima (PSC), a não comparecer à CPI da Covid, assim como fez Kassio Nunes Marques em relação ao ex-governador do Rio de Janeiro Wilson Witzel, no HC nº 203.227.

O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, no bojo do HC nº 203.387, obrigou o empresário Carlos Wizard, aliado do presidente Jair Bolsonaro e suspeito de integrar o gabinete paralelo do governo no combate à Covid, a comparecer à comissão, autorizando-o, todavia, a se manter em silêncio sobre fatos que poderiam levar à própria incriminação.

Já o ministro Ricardo Lewandowski, no HC nº 201.912, permitiu o ex-ministro da Saúde, Eduardo Pazuello, ficar calado em seu depoimento. Contudo, fez uma ressalva significativa: que o impetrante deveria responder a perguntas que não o envolvessem e a falar a verdade sobre terceiros.

Ora, as produções judiciais aqui examinadas, e sempre com a ressalva das devidas exceções, já que se tem consciência do perigo das generalizações, não levam em conta de modo

¹³⁶ Condenado a 25 anos de prisão por tráfico internacional de drogas em 1ª e 2ª instâncias, André Oliveira foi beneficiado, no dia 02 de outubro de 2020, por um *habeas corpus*¹³⁶ concedido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Mello, hoje aposentado.

¹³⁷ Julgado em 02 de outubro de 2020, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Melo.

¹³⁸ O referido magistrado alegou que o traficante estava preso preventivamente há mais tempo do que o permitido. “O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de dezembro de 2019, tendo sido a custódia mantida, em 25 de junho de 2020, no julgamento da apelação. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo, escreveu o magistrado em sua decisão.

¹³⁹ No dia 10 de outubro de 2020, contudo, o presidente da Corte, ministro Luiz Fux, acolheu um pedido da Procuradoria-geral da República (PGR) e revogou a decisão de Marco Aurélio sob o argumento de que uma liminar pode ser suspensa quando demonstrado que seu efeito pode causar grave lesão à ordem e à segurança públicas.

adequado a história e a tradição institucional da matéria a ser decidida, o que inviabiliza a observância dos deveres de integridade e coerência e gera ofensa ao postulado da isonomia.

Esse prejuízo, entretanto, não se limita aos casos do tribunal julgador. Isto porque as decisões dos Órgãos Superiores, como o Supremo Tribunal Federal, possuem efeito multiplicador e irradiam por todo o Poder Judiciário, sejam elas monocráticas, colegiadas, vinculantes ou não vinculantes.

Noutras palavras, a constelação teórica acima delineada reafirma que na prática judiciária, notadamente do 1º grau, não raras são as sentenças e pronunciamentos cujo teor argumentativo foi impulsionado pelas razões de direito expostas em decisões dos tribunais superiores.

Como bem consignou Luiz Fux no transcorrer da decisão que submeteu o HC 191.836 ao referendo do Plenário do STF, “qualquer pronunciamento do Supremo Tribunal Federal dispõe de considerável efeito persuasivo sobre os mais de 20 mil juízes brasileiros, que poderão vir a analisar casos idênticos no exercício de suas respectivas jurisdições”.

É por tal razão que resvala desses julgamentos a responsabilidade de se estabelecer padrões decisórios que indiquem razões vinculantes, cujos fatos materiais, processuais - e suas respectivas teses jurídicas - sustentem não só a conclusão deste julgado, mas a sua aplicação em casos com semelhança fática e jurídica em qualquer grau de jurisdição, de modo a edificar uma estrutura que resguarde os postulados de unicidade do direito tão almejados por meio do Código Processual Civil de 2015.

A afronta a isonomia provocada pelas supracitadas oposições jurisprudenciais não pode ser justificada com o singelo contra-argumento de que o Direito não é uma ciência exata, nem tampouco deve impressionar o fato de existirem diferentes magistrados, turmas colegiadas e recursais, e órgãos judiciais competentes para um mesmo tipo de causa, nos quais cada julgador forma livremente sua convicção, pois, antes e superiormente, remanesce o poder-dever do Judiciário como um todo prevenir ou superar o dissenso interno dos Tribunais, assim evitando, ou superando, a dispersão jurisprudencial excessiva.

E este modo de atuar não é limitado ao STF, mas também é verificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) onde, por exemplo, foram proferidas decisões, no âmbito do direito penal, que se confrontam com os casos anteriormente julgados pelo menos Tribunal.

Desta feita, foi com o intento de estabelecer uma espécie de padronização institucional das decisões proferidas que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, na seara cível, em 04 de dezembro de 2019, no bojo dos Embargos de Divergência em Agravo em

Recurso Especial nº 600811 SP¹⁴⁰, por maioria dos votos, que havendo duas decisões judiciais sobre o mesmo tema, com entendimentos divergentes, mesmo tendo as mesmas partes e objetivos, deve prevalecer aquela que transitou em julgado por último, enquanto não desconstituída por ação rescisória.

O relator, ministro Og Fernandes, fundamentou sua decisão utilizando-se de precedentes dos órgãos fracionários do próprio tribunal, a exemplo de um julgado emanado pelo Ministro Herman Benjamin, na segunda turma do STJ, em 25/08/2009¹⁴¹.

Neste sentido, assim consignou na citada *decisum*: O fundamento suficiente que invoco para reafirmar o posicionamento que vem sendo reiterado nos julgados da Segunda Turma e que, como visto, é acompanhado majoritariamente pelos demais órgão fracionários, é o de que se deve privilegiar a coisa julgada que por último se formou – enquanto não desconstituída por ação rescisória –, eis que, sendo posterior, tem o condão de suspender os efeitos da primeira decisão.

Em âmbito penal não há consenso neste sentido. Ao contrário, no ano de 2020 ocorreu uma divergência de entendimentos entre a 5ª e a 6ª turma do STJ sobre conversão da prisão em flagrante em preventiva de ofício. Para a 5ª Turma do STJ, em decisão proferida no HC nº 590.039, a nova lei excluiu a possibilidade de fazer a conversão de ofício. A mudança de posicionamento é recente e ocorre na esteira do que já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, além de decisões monocráticas de ministros da corte constitucional.

Já a 6ª Turma, nos autos do HC nº 583.995, manteve a jurisprudência, consignando que, apesar das mudanças do pacote anticrime, não há nulidade na conversão da prisão em flagrante em custódia cautelar, de ofício, pelo juízo, diante da urgência com que deve ser tratada essa hipótese.

A repetição de ações iguais é consequência do excesso de litigiosidade. Contudo, esse fato não exime o Estado da responsabilidade de fiscalizar e controlar o processamento de ações idênticas e a prolação de decisões antagônicas, pois trata-se de matéria de ordem pública, gerando – caso assim ocorra - um comportamento estatal desarmônico ao próprio direito, e aos institutos da isonomia e segurança jurídica, descaracterizando, por consequência, o ideal de justo processo.

Ainda assim, é preciso frisar que não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a observância de

¹⁴⁰ Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858001444/embargos-de-divergencia-em-agravo-em-recurso-especial-earesp-600811-sp-2014-0261478-0/inteiro-teor-858001454?ref=juris-tabs>. Acesso em 02/03/2022.

¹⁴¹ REsp 598.148/SP.

requisitos de natureza processual, como à efetividade da tutela jurisdicional e direito ao contraditório. A decisão racional justa envolve discussão de direito material acerca do que fora julgado.

Mas a legitimação da atuação judicial, em âmbito processual, não depende apenas da observância destes direitos, nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível verificar outros parâmetros de normas fundamentais para que se potencialize a prestação jurisdicional de forma seguramente isonômica.

Em uma síntese aproximada dessa afirmação, Luiz Guilherme Marinoni¹⁴² registra que a jurisdição não encontra legitimação ao oferecer decisões diversas para casos iguais ou ao gerar decisão distinta da que foi formada no tribunal competente dos direitos fundamentais. Na verdade, é pouco mais do que absurdo pensar que Poder Judiciário, caracterizado por um *déficit* de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, possa ter várias concepções acerca de um mesmo direito fundamental.

Note-se que o procedimento pode ser legítimo à luz das normas constitucionais no campo material e, ainda assim, produzir decisão descompromissada com a substância dos direitos fundamentais em seara processual.

Daí ser inadmissível que os efeitos da instabilidade jurisprudencial tenham que ser suportados pelos jurisdicionados, como um fardo inafastável. Ao revés, o ordenamento disponibiliza meios justamente voltados a prevenir ou a superar os dissensos interpretativos.

Têm-se convicção de que o sistemático desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias leis regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade¹⁴³.

É imperativo afirmar, entretanto, que até o presente momento não se atingiu, na experiência brasileira, um manejo seguro e eficiente do direito pretoriano (jurisprudência dominante e sumulada), por vários fatores, que vão desde filiação do ordenamento jurídico pátrio aos direitos positivados, até a resistência à alteração das tradicionais regras de julgamento.

Neste cenário de tensão entre a isonomia e a instabilidade judicial, dois critérios podem ser considerados para solução do problema. O primeiro deles – e mais difícil de ser alcançado

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 115.

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. *RePro* n° 172, jun./2009, p. 144.p. 487.

- é a limitação do caráter polissêmico da linguagem jurídica e daí surgindo, conseqüentemente, a restrição da autonomia da jurisdição na sua interpretação e aplicação.

O segundo diz respeito a atribuição de força vinculante ao precedente, através da confirmação do seu conteúdo por um precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de justiça, cujos critérios formais e materiais deverão ser necessariamente observados no julgamento de casos em semelhança fática e jurídica.

Trata-se de proteção objetiva da igualdade processual, que depende tão somente da formação da coisa julgada em momento anterior à pacificação da interpretação judicial pelos tribunais superiores.

Inexistindo, neste momento de instabilidade da ordem jurídica, precedentes que delimitem com maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático-jurídico em que é aplicável, deve-se buscar prestigiar a isonomia processual através de outros aparatos previstos na legislação infraconstitucional.

Como se asseverou ao longo deste tópico, a igualdade apresenta-se como cânone constitucional do nosso ordenamento e robustece o ideal de segurança jurídica. Sua observância, na prática judicial, requer coerência e integridade na formação dos padrões decisórios cujo píncaro é a gestação do precedente judicial.

A minimização da volatilidade interpretativa dos textos decisórios, contudo, demandam medidas que fomentem maiores graus de estabilidade e isonomia nos fenômenos da litigiosidade repetitiva.

Nesse toar, os órgãos jurisdicionais brasileiros precisam decidir valendo-se de técnicas adequadas para o alcance padrões decisórios, sob pena do sistema de elaboração de pronunciamentos judiciais tornar-se elemento integrante de uma prática forense inconstitucional, já que incompatível com o modelo constitucional brasileiro internalizado pelo seu respectivo sistema processual.

Eis que se apresenta o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas para robustecer a estabilidade das decisões judiciais, especificamente daquelas de matéria processual penal, haja vista que, na seara processual civil, este instituto encontra-se exaustivamente debatido, havendo um marco normativo e teórico forte e bem delineado.

Contudo, como o estudo da ciência jurídica envolve essencialmente substratos fáticos com grande conteúdo moral, acompanhado de valores fundamentais, conduziria a um descompasso teórico adentrar a essa matéria processual sem antes enfrentar o direito e seus fatos sociais dos quais surgiram a regulação das inter-relações humanas.

Como assim já se fez ao traçar apontamentos históricos da concepção dos direitos humanos no capítulo anterior, resta cotejar o enredo que sustenta a temática base aqui apresentada: a igualdade enquanto legítimo direito humano.

A importância de assim fazer promove alertas sobre as armadilhas epistemológicas no sentido de igualdade, bem como alicerça os parâmetros que imprimem o IRDR, no processo penal, como um instrumento ideal para a performance do direito a isonomia.

2.4 A requalificação do princípio constitucional da igualdade através do alcance de um padrão interpretativo

Para que seja alcançada uma nítida prestação e execução da garantia a igualdade em âmbito processual, faz-se necessário priorizar a natureza conceitual, semântica e interpretativa do direito.

Uma determinada norma jurídica pode sofrer uma diversidade de interpretações pois os esforços teóricos empregados pela autoridade responsável por dar sentido a ela não são necessariamente conduzidos a uma cadeia harmônica, mas alcançam tendências díspares que resultam em significados e sentidos heterogêneos, a dizer inesperados pelos jurisdicionados.

De fato, o liame existente entre um caso jurídico cuja resolução parece mais cristalina, ou, noutras palavras, que se encaixa com mais perfeição ao enunciado da norma jurídica, e outro caso cuja solução enseja uma análise mais profunda, dado o seu desencaixe com o teor da lei ou mesmo as peculiaridades que lhe são inerentes, muitas vezes resvala na ordem semântica.

Foi perante esta conjuntura que Herbert Lionel Adolphus Hart¹⁴⁴ considerou que, por vezes, a diferença entre o caso claro ou paradigmático e as situações de mesmo relevo, mas revestidas de outras nuances, é apenas uma questão de grau.

Visando exemplificar essa consideração, o autor apresentou uma situação jocosa, mas cirúrgica para apreciação do tema: um homem que tem a cabeça lisa e brilhante é considerado evidentemente calvo e outro que exhibe grandes madeixas obviamente não é. Então, ao verificar um terceiro homem que tem alguns cabelos aqui e ali, é necessário debater se este é ou não considerado calvo.

Complementando, Hart discorre ainda outras situações hipotéticas objetivando uma reflexão sobre a concepção da composição do caso-padrão. Neste toar, ele questiona: um hidroavião é um navio? O jogo ainda pode ser chamado de xadrez se for disputado sem a rainha?

¹⁴⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Camara. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 5

Esse panorama denota a existência de uma diversidade de sentidos possíveis de serem atribuídos ao enunciado de uma determinada norma. Essa pluralidade interpretativa, todavia, pode produzir efeitos negativos, especialmente a garantias constitucionais como a isonomia e a segurança jurídica, e interfere diretamente nas soluções almejadas pelos intérpretes, conforme foi possível averiguar nos casos práticos apresentados no tópico anterior.

Não obstante, os julgadores, ao construírem suas decisões, resvalam aos jurisdicionados e demais atores jurídicos a falta percepção de que aquele sentido interpretativo empregado é o único correto. Ressalte-se, porém, que embora o sentido atribuído pela interpretação judicial seja majoritário, ele é adotado em meio a um universo de opções.

Em casos cuja resolução seja simplificada, essa consideração até pode não prevalecer. Entretanto, na grande maioria das demandas (com vertentes e nuances desconhecidas ou inexploradas), a legislação ou os precedentes aos quais as normas estão supostamente indexadas, não conduzem a uma resposta única.

Afinal, se está diante de uma ciência social aplicada, não a uma teoria matemática na qual os cálculos devem seguir um compasso que leve seu exercício a um produto específico.

Na análise de determinado caso que reverbere certo grau de complexidade, o operador da norma jurídica sempre dispõe de mais de uma escolha. Ele deverá, assim, optar entre significados alternativos para, a partir de um, formar um precedente.

Essa atividade enseja algumas indagações relevantes, como, por exemplo, o que faz com que uma interpretação normativa se sobreponha sobre as demais? Por que a comunidade aceita o consenso criado perante uma norma enquanto há inúmeras outras acepções sobre o mesmo texto? Qual a diferença entre a semântica e exegética adotada das demais possibilidades descartadas pelo julgador?

Para enfrentar essas questões, faz necessário problematizar a dimensão imprecisa da linguagem e estabelecer uma aproximação do direito com a linguagem e a comunicação concretizadas a partir de códigos e fórmulas.

A interpretação, enquanto atividade, tem natureza cognitiva, resultando numa descrição ou declaração. Essa prática tem ao seu lado as ideias de completude e coerência do direito. O conteúdo da lei está implícito no texto legal. O juiz investiga ou conhece para declarar o que está gravado no texto. O intérprete está vinculado a uma norma preexistente. Por isso, a interpretação, enquanto produto, é um mero enunciado descritivo, sujeito ao teste da verdade e falsidade.

Na concepção de Henrique Ribeiro Cardoso¹⁴⁵, o uso comunicativo da linguagem obtém força ilocucionária quando o ator anuncia suas intenções numa situação de comunicação e as manifesta com o objetivo de que os outros levem a sério suas intenções e contem com sua execução.

Complementa o autor ainda que o ouvinte, além de conhecer as condições de verdade daquilo que é dito, deve compreender o sentido ilocucionário (de afirmações ou intenções) e, se possível, aceitar as pretensões de validade correspondentes.

Desta feita, a partir de uma afirmação na qual o falante suscita uma pretensão de verdade daquilo que é dito, o ouvinte tomará uma posição positiva se considerar aquele fundamentado o que é falado, ou mesmo se considerar digna de crédito a garantia implicitamente assumida pelo falante de apresentar, se necessário, boas razões para convencê-lo do fato afirmado¹⁴⁶.

Nessa linha intelectual, Henrique Ribeiro conclui, a partir de uma intervenção teórica de Jurgen Habermas, que numa intenção, o ouvinte levará a sério o que foi dito se estiver convencido de que o falante pensa o que diz e tem boas razões para tornar verdadeiro seu anúncio: ele admite a seriedade do proferimento se considerar fundamentada a intenção do falante¹⁴⁷.

Entretanto, a aceitação da pretensão de veracidade do discurso, base para o entendimento mútuo, é tornada autêntica pela racionalidade da decisão. Nesse passo, os julgadores, os órgãos jurisdicionais e os jurisdicionados podem concordar ou discordar da medida ou interpretação adotada perante aquela norma jurídica. Na segunda hipótese, a contraposição ocorre por meio de um embate de fundamentos jurídicos.

A par de tais circunstâncias, Luiz Guilherme Marinoni¹⁴⁸ considera que a evolução da teoria da interpretação coloca nas mãos das Supremas Cortes a função de atribuir sentido ao direito (ou definir a interpretação adequada do texto legal), evidenciando a necessidade de a decisão da Corte ser legitimada por uma argumentação racional.

A decisão da Corte Suprema, ao expressar o sentido do direito, passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de apelação. Assim, se os tribunais superiores possuem a função de desenvolver o direito ao lado do legislativo, as suas decisões devem ganhar a autoridade que lhes permita corresponder ao significado que possuem na ordem jurídica. É

¹⁴⁵ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação. A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Editora Juruá. Curitiba, 2009. p. 56.

¹⁴⁶ Ibidem. p. 57.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 57.

¹⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC**. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 65.

essencialmente aí que as decisões dos referidos órgãos jurisdicionais se revestem da qualidade de precedentes.

Nesse passo, a opção interpretativa deve ser justificada através de argumentos racionalmente aceitáveis. A decisão deixa de se situar no local da procura do sentido exato da lei e passa a ocupar o lugar da justificativa das opções interpretativas, ou seja, da racionalidade da interpretação. O direito então é interpretação e prática argumentativa e, assim, ganha autonomia em relação à lei¹⁴⁹.

De acordo com Adriana Goulart de Sena Orsini e Luiza Berlini Dornas Ribeiro, em razão da constante multiplicidade de demandas, passa a ser exigido que o Poder Judiciário esteja preparado a dar uma resposta com presteza, sob pena de não cumprir o preceito máximo de acesso a uma ordem justa e de não atender aos anseios democráticos de equilíbrio e de atuação adequada por todos os poderes da República¹⁵⁰.

A eficiência administrativa aplicada ao Poder Judiciário em todas as suas funções pode ser reconhecida então como pressuposto desta instrumentalidade e desta nova racionalidade, ambas direcionadas ao atendimento do jurisdicionado na justa proporção de sua demanda, garantindo a concretização dos direitos fundamentais por meio de uma decisão coerente, íntegra e isonômica.

Se o Poder Judiciário é instado a reduzir os conflitos na atuação vestibular de solução de controvérsias, não apenas no estrito controle da legalidade, mas também pelos controles ampliados da legitimidade e da licitude, a tendência é o congestionamento de entendimentos, de modo que determinado grau, órgão, colegiado ou turma jurisdicional interprete a norma em escalas e proporções diferentes entre si.

A solução que melhor atende à essa questão controvertida, no entanto, é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes vinculantes.

Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de justiça e Cortes de Precedentes.

Logo, considerando a força normativa do princípio da isonomia inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, é possível concluir pela existência de um dever do Poder Judiciário perante os seus jurisdicionados, no que tange à atividade-fim, de apresentar um

¹⁴⁹ Ibidem. p. 67.

¹⁵⁰ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. **A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012, p.26.

resultado fomentado pela observância da igualdade na própria prestação jurisdicional por meio de decisões que se atenam àquilo que já foi debatido e sentenciado quanto a questão de direito em análise, fazendo-se por meio dos argumentos de fundamentação, de modo a garantir a coerência e previsibilidade daquilo que é dito.

No Estado Democrático de Direito, a concretização do direito fundamental a igualdade – aqui analisada em âmbito processual - se requalifica para envolver o equilíbrio das garantias processuais constitucionais sob a égide do vetor de interpretação da norma processual, assegurando um direcionamento à unificação da jurisprudência e uma teoria unificada do direito.

Esta perspectiva de aplicação adequa-se ao fenômeno do neoprocessualismo, em que a Constituição é pensada na perspectiva de garantia do Estado Democrático de Direito. Busca-se aqui, no entanto, enfatizar a necessária proteção do cidadão contra excessos no campo panprocessual.

Levando em consideração, então, a atual realidade da prática judicial brasileira, percebe-se que se aceita com naturalidade a ideia de juízes e tribunais proferirem decisões diferentes em casos iguais. Não há surpresa alguma quando um mesmo órgão jurisdicional decide casos iguais de modo diverso num curto período. A propósito, nem mesmo os julgadores sentem-se constrangidos quando, perante a massa de trabalho que lhes é atribuída, proferem decisões absolutamente contraditórias.

Todavia, quando se tem claro que a Corte Suprema atribui sentido ao direito, pronunciando a palavra final acerca da vastidão de interpretações possíveis, e que esse ato se posiciona com autonomia em relação à lei, agregando substâncias à ordem jurídica, resta evidente que não apenas a unidade do direito, mas também a igualdade perante o direito, reclamam uma eficácia obrigatória ou vinculante às decisões da Corte Suprema.

A eficácia obrigatória de um precedente não é deve ser vista como uma exigência abstrata desejada por uma determinada forma de compreender a ciência jurídica, mas um efeito compulsório decorrente do direito a igualdade.

Dissertando sobre o tema, Marinoni¹⁵¹ afirma que o mesmo fundamento que levou à formulação da frase de que “todos são iguais perante a lei” está implícito na necessidade de se ter as decisões das Cortes Supremas como precedentes obrigatórios. Trata-se, na visão do autor, de algo imprescindível num país que realmente acredita - e se cansou de demagogicamente proclamar - que todos devem ser igualmente tratados perante o direito.

¹⁵¹ Ibidem. p. 108.

Neste passo, como se evidenciou ao longo deste tópico, a igualdade figura como cânone constitucional de um sistema jurídico revigorado por um padrão de interpretação normativa. Esta amalgama reclama coerência e integridade na formação do arquétipo na produção judicial e fornece um substrato eficaz para a minimização da volatilidade interpretativa dos núcleos decisórios.

Urge projetar, no capítulo seguinte, o postulado em apreço por meio do exercício de influência real e vinculativa do provimento judicial em decisões padrão a serem adotadas em casos repetitivos que tratem da mesma questão de direito, sob o vetor de uma cultura precedentalista transladada do sistema jurídico *common law* e adaptada as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro.

3. O ADVENTO DO PRECEDENTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ASPECTOS RELEVANTES

3.1 Aspectos propedêuticos acerca dos precedentes

A tratativa da temática precedente reclama, em seu estágio inicial, duas importantes considerações. A primeira diz respeito à determinação do que é considerado como precedente em sentido próprio, isto é, aquela parte do pronunciamento judicial que traz referências a fundamentos de decisão judicial anterior, por dela derivar requisitos de julgamento - semelhantes ou equivalentes - para o caso sucessivo. A segunda refere-se à eficácia do precedente, isto é, se persuasivo ou vinculante¹⁵².

Para abordar a questão precedentalista, autores como Ataíde Júnior¹⁵³ apontam os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, para, logo depois, propor uma classificação dos precedentes (obrigatórios ou vinculantes, relativamente obrigatórios e persuasivos).

Debruçando-se, então, sobre este assunto, consigna-se seu conteúdo a partir dos parâmetros acima mencionados, iniciando por um breve conceito do que é precedente e da sua origem.

Streck e Abboud¹⁵⁴ definem precedente como uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida e seguida pelos tribunais inferiores, destacando, porém, que sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente utilizado na resolução de casos análogos-similares vindouros.

Vale destacar que o precedente não pode ser confundido com a jurisprudência, uma vez que aquele pode ser constituído através de uma única decisão que lhe seja anterior, característica essa que a jurisprudência não possui.

A expressão jurisprudência é diferente, na medida em que pressupõe um mínimo de constância e uniformização, que se forma a partir da existência de algumas decisões reiteradas num mesmo sentido¹⁵⁵.

¹⁵² TARUFFO, Michele. **Precedente e Jurisprudência**. Rev. civilistica.com, a. 3. n. 2. 2014. p. 03.

¹⁵³ CÂMARA, Alexande de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 131.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015. Op. cit., p. 45.

¹⁵⁵ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 417.

Nestes termos, percebe-se que a jurisprudência equivale à faceta geral da decisão judicial, mas que, diferentemente do precedente, é inferida a partir de uma pluralidade de casos, não bastando, pois, uma decisão isolada¹⁵⁶.

A propósito, no plano prático brasileiro, a mera invocação de ementas de jurisprudência (ou de enunciados de súmula), como se isso fosse capaz de demonstrar a existência de precedentes e legitimasse a construção de decisões a partir de tais padrões decisórios, é manifestação de uma forma de decidir que a própria lei processual reputa como não fundamentada e, portanto, nula, como se depreende da dicção do art. 489, § 1º, V, do CPC/2015¹⁵⁷.

Sobre o ponto, Leonardo Carneiro da Cunha afirmou ser insuficiente (apenas) invocar o precedente ou o enunciado da súmula. De igual modo, é insuficiente apenas transcrever a ementa de um acórdão. É preciso que, na sentença, o juiz, ao invocar o precedente ou o enunciado de súmula, identifique os seus fundamentos determinantes ou os que lhe deram origem¹⁵⁸.

No entendimento de Michelle Taruffo¹⁵⁹, quando se trata de precedente, faz-se, como regra, referência a uma decisão relativa a um caso concreto, enquanto que quando se fala de jurisprudência, realiza-se, normalmente, referência a uma pluralidade bastante ampla, relativa a vários e diversos casos concretos.

Como anotou Ravi Peixoto, precedente não pode ser confundido com o termo jurisprudência, utilizado para denominar um conjunto de decisões judiciais. A diferenciação é essencialmente quantitativa, já que a utilização do termo precedente faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto na utilização de jurisprudência essa referência se dirige a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla, de decisões relativas a vários e diversos casos concretos¹⁶⁰.

Com isso pode-se afirmar que o precedente judicial é uma norma geral que se extrai da fundamentação do julgado, criada na jurisdição a partir de um caso concreto, a qual pode ser aplicada a outras situações semelhantes¹⁶¹.

¹⁵⁶ ROCHA, Luciana da; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Sobre o precedente a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza – CE, nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010, p. 1277.

¹⁵⁷ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

¹⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.235.

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. **Precedentes e Jurisprudência**. Revista de Processo, São Paulo. n. 199, 2010. p. 142-143.

¹⁶⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2ª ed, revisada e atualizada. Editora Jus Podium. Salvador, 2016. p. 137/138.

¹⁶¹ MORAIS, Gisela Telles de Menezes. **O precedente vinculante na solução de controvérsias**. Revista de Direito da Faculdade Anhanguera de Jacaré, v. 14, n. 19, 2011. p. 36.

Desta feita, a adoção dos precedentes judiciais para garantir a igualdade de tratamento revela grande importância no Processo Penal se for considerado que, sob a perspectiva de um processo penal garantista e de um direito penal calcado na regra de *nullum crimen nulla poena sine prava lege*, é superlativa a relevância da busca por soluções iguais entre os jurisdicionados e suas causas idênticas ou semelhantes.

Entretanto, a construção deste ideal de importância da utilização dos precedentes no processo penal brasileiro, como instrumento de efetivação do postulado da isonomia, atravessa concepções históricas dos tribunais da *common law* os quais sempre se preocuparam em garantir a coesão das decisões, observando os julgamentos anteriores para solucionar os litígios presentes e futuros.

Para os países de língua inglesa, a confiança no precedente sempre foi algo espontâneo e genuíno. No entanto, somente durante o século XIX, na Inglaterra, aflorou a ideia da obrigatoriedade de seguir as decisões passadas e a consequente busca pelo estabelecimento da segurança jurídica.

Nas considerações de Guilherme Guimarães Ludwig¹⁶² apenas depois da primeira metade do século XIX, foi efetivamente fixada na Inglaterra a regra do precedente (*rule of precedent*), vinculando os juízes à observância do que fora realizado pelos seus antecessores. Os únicos precedentes obrigatórios, todavia, eram os emanados pelas cortes superiores, tendo os demais somente valor de persuasão.

Essa regra oriunda do *common law*, segundo a qual os órgãos jurisdicionais ficam vinculados aos precedentes, é chamada *stare decisis*.

A denominação *stare decisis* é extraída da frase *stare decisis et quieta non movere*. A expressão latina é definida - em tradução livre - como aderir a precedentes e não perturbar coisas que estão estabelecidas¹⁶³.

Por exemplo, na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, foi estabelecido que a Câmara dos Lordes (House of Lords) estaria obrigada a acatar seus próprios julgados. Segundo a doutrina do *stare decisis*, tendo o tribunal decidido uma questão legal, os casos subsequentes com fatos semelhantes deveriam ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior¹⁶⁴.

¹⁶² LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Sistema de Precedentes como Manifestação do Princípio da Eficiência no Processo**. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016. p. 33.

¹⁶³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 15.

¹⁶⁴ FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano**. Revista dos Tribunais, ano 89, v.782, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2000, p. 90.

Sob o *stare decisis*, um juiz não pode modificar ou anular um precedente, a menos que possa mostrar que o substrato social mudou de forma relevante para o comportamento da questão¹⁶⁵.

O *stare decisis* é legado do *common law* e essencial para a estabilidade, harmonia e consistência do direito costumeiro. Esse paradigma apresenta diversas funções benéficas: considera o passado e a igualdade entre as partes em idêntica situação; evita que o julgador reveja, em cada caso, as mesmas regras de direito – muitas delas já exaustivamente debatidas; e assegura ao sistema jurídico a almejada previsibilidade.

Contudo, o *stare decisis*, apesar de atualmente ainda manter ativa suas funções essenciais em favor do direito costumeiro, sempre deve ter suas limitações e aplicabilidade devidamente examinadas.

Nesse panorama, o princípio estabelecido em razão de um precedente considerado relevante deve ser aplicado pelo julgador ajustando-se à realidade do caso concreto, para o alcance de uma decisão legítima e confiável, por meio de seus fundamentos devidamente justificados.

Para alcançar este intento, a doutrina pontua, perante uma decisão judicial, uma divisão de fundamentos vinculantes e não vinculantes. Essa divisão é feita entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

A primeira diz respeito a regra de direito que foi posta como fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso. A segunda, por sua vez, refere-se as afirmações e argumentações que permeiam a motivação da sentença, mas que não compõem o aspecto vital da decisão.

A *ratio decidendi* é onde se encontram os motivos determinantes da decisão judicial, de modo que somente ela é hábil a adquirir a força vinculante para casos futuros. A *ratio* se situa não somente no dispositivo da sentença, mas também, e principalmente, na sua fundamentação¹⁶⁶.

Ao tratar da razão de decidir, Luiz Guilherme Marinoni considera que, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. A razão de decidir, conforme consigna o autor, certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ibidem. 441.

¹⁶⁶ Ibidem. p. 56.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 162/163.

Por sua vez, Cross e Harris afirmam que a única parte de uma decisão prévia que é vinculante é a *ratio decidendi*, mas que decisões sobre questões de fato não se constituem em precedentes¹⁶⁸.

Alexandre Freitas Câmara, a propósito, exclui qualquer possibilidade de que o elemento vinculante do precedente esteja na parte dispositiva da decisão. Para o autor, a parte dispositiva de uma decisão se aplica, tão somente, ao caso que por aquele pronunciamento é julgado¹⁶⁹.

Desta feita, apenas a *ratio decidendi* da decisão tomada como paradigma é que se torna impositiva, com aptidão para formatar futuras decisões sobre casos ali subsumidos, e ainda assim à condição de que os fatos do segundo processo se identifiquem com os do primeiro, tarefa que fica a cargo do juiz desse feito ulterior¹⁷⁰.

Já o *obiter dictum*, nos dizeres de Rodolfo Camargo Mancuso, constitui-se pelos discursos não autoritativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexos estroito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*¹⁷¹.

Neste sentido, é possível conceituar o *obiter dictum* como qualquer manifestação do órgão julgador não necessária à solução do caso concreto, a exemplo de considerações periféricas efetuadas pela Corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados e dissensos constantes de votos divergentes.

A aplicação da decisão referência a um caso futuro e similar decorre, assim, da refinada e atenta análise junto, principalmente, da questão fática, numa busca de localizar, inicialmente, questões semelhantes da ordem fática judicializada, para posteriormente identificar a razão de decidir do julgado, cujo teor irradia força vinculativa que subsidiará a solução de processos judiciais análogos ou idênticos.

As demais considerações expedidas no corpo da sentença, posto que adjacentes ou marginais, em que pese importantes para a compreensão do ato decisório e do estabelecimento de diferentes níveis de debate e argumentação acerca do fato posto em julgamento, são consideradas *obiter dictum*¹⁷², e, por esta razão, não possui efeito vinculativo transcendente.

¹⁶⁸ CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 222.

¹⁶⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 268.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 43.

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 441.

¹⁷² Veja-se como a expressão já se encontra enraizada na jurisprudência brasileira: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. HIPÓTESES TAXATIVAS. ERRO, OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SEGREDO DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO. HIPÓTESES LEGAIS

A razão de decidir de um precedente judicial¹⁷³, desta forma, só poderá ser aplicada aos casos em que estiverem presentes os pressupostos fáticos necessários para sua incidência.

O estudo crítico desta tratativa apresenta outras nuances a serem refletidas. Uma delas é que nem sempre haverá um padrão decisório passível de aplicação *in totum* num cenário processual subsequente, sendo possível existir, entretanto, uma *ratio decidendi* suscetível de extração e aplicação parcial noutro caso igual ou semelhante.

Como afirmam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada”¹⁷⁴.

Imagine-se hipoteticamente uma ação penal levada a exame de perante uma Corte, tendo o colegiado, numa interpretação da respectiva lei, indicado no acórdão a seguinte tese jurídica: “é nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”. Além disso, tenha consignado uma segunda tese, nos seguintes termos: “no processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

RESTRITIVAS. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. PROCESSO PENAL PÚBLICO. OBITER DICTUM. 1. Os embargos de declaração têm aplicação estrita e taxativa e não se prestam à rediscussão do mérito da causa (CPC, art. 1.022). 2. Verificado que o acórdão embargado apreciou de forma clara e específica as questões expostas no recurso, em todos os seus aspectos relevantes, não há como prover os embargos de declaração. 3. A mera inconformidade com o resultado da demanda não autoriza a revisão de temas satisfatoriamente debatidos e devidamente fundamentados, cuja insurgência deve ser discutida na via adequada. 4. A simples alegação ao interesse de prequestionamento é insuficiente para o acolhimento do recurso, quando ausente qualquer vício no julgado. 5. Obiter dictum: Tratando-se de ação civil ex delicto e tendo a ação penal tramitado com acesso público, não se justifica o segredo de Justiça do processo cível, que foi retirado por decisão do Relator, com preclusão consolidada. 6. Recursos conhecidos e não providos. (TJ-DF 00514380820148070001 DF 0051438-08.2014.8.07.0001, Relator: DIAULAS COSTA RIBEIRO, Data de Julgamento: 26/01/2022, 8ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 31/01/2022. Pág.: Sem Página Cadastrada).

173 A verificação da razão de decidir e sua aplicação como precedente assim ocorreu no Supremo Tribunal Federal: “Trata-se de agravo contra decisão por meio da qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado: “DIREITO PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. LICITAÇÕES. LEI 8.666/93. CRIME. DISPENSA INDEVIDA. ARTIGO 89. DOLO ESPECÍFICO. EXIGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE NARRATIVA CONCRETA. REJEIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Recurso em sentido estrito interposto contra decisão de rejeição da denúncia. Imputação, a ex-prefeito municipal, de prática de condutas amoldadas ao art. 89 da Lei 8.666/93. Suposta contratação, por licitações fictícias, de quatro profissionais da área de saúde para atendimento junto aos municípios. 2. É pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que o crime do art. 89 da Lei de Licitações ostenta natureza material, tipificando-se apenas em caso de lesão ao erário, bem como exige dolo específico para sua consumação (dolo de lesar o erário ou auferir benefício com a prática). No mesmo sentido, há precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste TRF-3. Mesmo julgados do Pretório Excelso que dispensam a efetiva ocorrência de dano ao erário exigem a descrição efetiva do dolo específico, tratando-se tal ponto, pois, de exigência pacífica dos Tribunais Superiores. 3. A *ratio decidendi*, como bem explicado nos precedentes, é diferenciar com clareza a esfera das irregularidades e equívocos políticos - administrativos, e a seara estrita e especificamente criminal nos casos de contratações públicas. 4. No contexto em exame, tem-se denúncia a partir da qual não se infere, nem mesmo em tese, a ocorrência de dolo específico. Nos quatro fatos, ocorridos em interregno de poucas semanas, houve a contratação de profissionais da área de saúde para atuação em equipamento público ou em programa público dessa mesma área. [...]. O Tribunal de origem assim analisou a questão: “A *ratio decidendi*, como bem explicado nos precedentes, é diferenciar com clareza a esfera das irregularidades e equívocos político-administrativos, e a seara estrita e especificamente criminal nos casos de contratações públicas. Tanto pelo teor dessa diferenciação, como pelo próprio fato de se tratar de posição sólida dos Tribunais Superiores, parto dessa premissa na análise do caso concreto, de maneira a prestigiar a integridade e coerência da jurisprudência. [...] (STF - ARE: 1310058 MS 0011040-74.2015.4.03.6000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/03/2021, Data de Publicação: 19/03/2021)”.

¹⁷⁴ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 99.

Suponha-se, então, que em data posterior, um tribunal estadual tenha provido um recurso de apelação interposto pelo Ministério Público com o objetivo de agravar a pena do sentenciado, mesmo tendo seu único defensor renunciado a causa sem intimação prévia do jurisdicionado para constituir novo causídico. Nesta ação, entretanto, os prazos processuais foram contados da data da intimação.

Considerando que havia precedente proferido por um tribunal superior e, em tese, possuísse caráter vinculativo, deixou o magistrado de validar uma das duas teses jurídicas cuja substância fática e jurídica enquadrava-se perfeitamente ao que fora julgado.

Esse panorama, embora de matriz abstrata e geral, indica como ocorre a inobservância, na prática, de um precedente judicial, apesar de ser possível extrair de uma decisão com diversas teses jurídicas a razão de decidir que possua circunstância particular e similar e apresente flexibilidade e sensibilidade para destacar e valorizar os pontos compatíveis entre os casos semelhantes¹⁷⁵.

Avançando nesta análise, há de se destacar que o conceito de *ratio decidendi* sempre foi muito discutido no *common law*. Na verdade, a dificuldade sempre esteve na sua identificação na decisão judicial¹⁷⁶.

Nas considerações de Gustavo Santana Nogueira, encontrar a *ratio decidendi* em um precedente não é tarefa nada fácil, existindo, inclusive, algumas teorias que se contradizem quando o tema é definir a *ratio decidendi* de uma decisão judicial. A força do *stare decisis* se perde um pouco a partir do momento em que não se consegue definir com clareza o que é vinculante e o que é meramente persuasivo¹⁷⁷.

É complexa e laboriosa a tarefa de identificação e separação do que constitui a *ratio decidendi* em face do que subjaz como *obiter dictum*. Acerca deste ponto, são oportunas as proposições de Juraci Mourão Lopes Filho¹⁷⁸ ao afirmar que, em inúmeros casos, não se consegue realizar a separação do que seja *obiter dictum* e *ratio decidendi*, de modo que nem sempre o *dictum* é desprovido de força.

¹⁷⁵ Veja-se a extração da *ratio decidendi* na prática do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ARTIGO 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, tendo em vista a norma contida no art. 147 da Lei de Execução Penal. 2. No julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e firmou o entendimento de que a execução da pena só pode ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação, *ratio decidendi* que se aplica também às sanções restritivas de direitos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no HC: 532769 SC 2019/0271909-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 12/11/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2019)”.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 163.

¹⁷⁷ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Stare Decisis et Non Quia Movere. A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. p. 168.

¹⁷⁸ FILHO, Juraci Mourão Lopes. *Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo*. Salvador: Editora JusPodium, 2014. p. 177.

Neste sentido, o autor concluiu que a resolução de cada caso tem sua *ratio*, com a possibilidade de ser utilizada posteriormente como conclusão do julgamento, independente de ser proposição lógica essencial.

Tudo isso demanda uma avaliação contrastada com a causa subsequente. A análise comparativa garante, na prática, a igualdade de tratamento do jurisdicionado¹⁷⁹. Isso porque, a possibilidade de divergência da decisão com base em elementos fáticos e jurídicos permite a obtenção de igualdade material no nosso ordenamento jurídico¹⁸⁰.

Identificada a razão de decidir, e promovida a comparação entre a causa julgada e aquela em julgamento, resta ao julgador três possíveis providências a serem tomadas: a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso impedem a aplicação da mesma tese jurídica, julgando o caso concreto sem vinculação ao precedente; b) ao entender que a mesma tese é aplicável, estender ao caso atual a solução conferida ao caso anterior, julgando em igual parâmetro; c) constatar que a *ratio decidendi* da decisão anterior não possui similitude com o novo fato submetido ao crivo do Poder Judiciário, sendo necessário aplicar diverso entendimento aquela questão jurídica.

Neste último caso, vislumbra-se a essência de um método de confronto e aplicação do precedente judicial denominado *distinguishing*. Trata-se, noutras palavras, de uma técnica de distinção dos fatos mais expressivos entre dois casos, decorrente da efetiva comparação entre eles. Sendo identificados fatos substancialmente diversos, existe a possibilidade de afastamento do precedente, isto é, a sua não aplicação, porém, sem padecer de um antagonismo lógico.

Thiago Anton Alban detalha esse procedimento ao descrever que ele é sempre utilizado quando determinado juízo se depara com um caso que, à primeira vista, se enquadra na aplicação do precedente. Contudo, numa análise mais apurada, verifica-se que o precedente não deve ser aplicado por não compartilhar, com o caso a ser decidido, da mesma hipótese fática constante na *ratio decidendi* do precedente que seria invocado¹⁸¹.

A *ratio decidendi*, assim, é intrinsecamente ligada aos fatos da causa. O juiz ficará vinculado ao precedente apenas se a situação fática posta em julgamento for a mesma. Caso contrário, inexistente a vinculação. Isso obviamente significa que os fatos da causa devem conter pelo menos um elemento relevante que os distinga dos examinados no precedente. Nasce aí a técnica do *distinguishing* na qual é preservada a tradicional argumentação *from case to case*.

¹⁷⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 98.

¹⁸⁰ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 70.

¹⁸¹ ALBAN, Thiago Anton. **Súmula vinculada: uma análise hermenêutica da súmula vinculante**. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2012. p. 68.

Algo equivalente a técnica do *distinguishing* se delinea no Código Processual Civil de 2015, especificamente no seu inciso VI do § 1º do art. 489, quando prevê que uma decisão judicial ter-se-á como infundada quando 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.

Apesar de relevância do referido método, um dos responsáveis pela flexibilidade do sistema de precedentes, este deve ser aplicado com vistas ao princípio da isonomia. Nas palavras de Marcelo Alves Dias de Souza¹⁸², a aplicação indiscriminada do poder de distinguir pode levar a uma certa descrença na vinculação dos precedentes obrigatórios, colocando em risco a existência do sistema.

Ademais, ao tempo em que é possível deixar de aplicar um precedente, existe a possibilidade de superá-lo, em razão de mudanças afeitas ao direito e a ordem jurídica. A lei, por exemplo, quando se torna obsoleta passa por um processo de revogação, surgindo, então, novas leis que acompanhem as mudanças dos costumes da sociedade.

O mesmo ocorre com um precedente, que pode ser superado e substituído por outro. José Rogério Cruz e Tucci¹⁸³ faz um alerta no sentido de que resta evidenciado que a força vinculante do precedente não impede que determinada tese, antes sedimentada, possa ser superada, uma vez que a mutação progressiva de paradigmas de interpretação de uma determinada situação fática, dotada de relevância jurídica, é imposta pela historicidade da realidade social, constituindo uma exigência de justiça. Essa técnica de superação é denominada *overruling*.

Numa análise crítica acerca da utilização deste método pelos tribunais brasileiros, Fabiano Pimentel¹⁸⁴ considera que, no Brasil, os juízes julgam, em regra, de acordo com seus próprios entendimentos, desconsiderando os precedentes, inclusive de Tribunais Superiores.

Aqui, segundo o autor, o *overruling* ocorre sem a menor cerimônia, superando-se o precedente até mesmo quando ele ainda não foi superado.

Esse cenário destoa daquele estabelecido pelo *common law*, baseado no *stare decisis*. Neste sistema, conforme já consignado anteriormente, um juiz não pode justificadamente modificar um precedente, a menos que mostre que o mundo mudou de forma relevante para o comportamento em questão.

¹⁸² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 145.

¹⁸³ TUCCI, José Robério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2004. p. 180.

¹⁸⁴ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 479.

Nesta senda, percebe-se que o precedente pode ser superado¹⁸⁵, mas o magistrado possui o ônus de argumentar os motivos dessa superação. A fundamentação, embora imprescindível em qualquer caso, ganha mais relevância nas hipóteses de revogação de um precedente pois surge ao julgador um encargo argumentativo apto a afastar aquele precedente ou superá-lo.

Ademais, como visto acima, para aplicar um precedente é necessário identificar a parte da decisão judicial que gera efeito vinculante. Deve restar evidente, portanto, que a parte da decisão que constitui precedente é, tão somente, aquela que trata de uma questão de direito¹⁸⁶.

Deveras, um precedente, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. De outro lado, aquele que se coloca em condições similares as do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa¹⁸⁷.

Mas só há garantia de observância aos precedentes quando existe o correspondente dever judicial de respeito. Não obstante, esse dever pode ter a sua intensidade medida ou graduada, variando de um respeito absoluto a um respeito despido de vinculação. Neste sentido, o precedente pode ter eficácias variadas¹⁸⁸.

É comum a doutrina categorizar o precedente judicial em duas vertentes: os vinculantes e os persuasivos. O sistema em que a eficácia das decisões é absolutamente vinculante proíbe o juiz de decidir de forma contrária ao tribunal que lhe é superior, assim como proíbe o órgão jurisdicional de negar o que já decidiu.

É claro que este fato não impossibilita o julgador de fazer o *distinguishing* do caso que lhe é submetido, ou seja, de evidenciar que a questão posta em julgamento é diferente daquela anterior tomada inicialmente como base para a decisão.

Para que se tenha eficácia persuasiva, por sua vez, é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o juiz tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação, cuja argumentação pode servir de vetor hermenêutico para outros julgadores.

Os precedentes com força obrigatória naturalmente incidem sobre os tribunais e juízes que lhes são inferiores. Alude-se, neste sentido, a eficácia vertical dos precedentes.

¹⁸⁵ Existem outras técnicas de superação de um precedente. A título de exemplo, cite-se o *overriding*. Este ocorre, segundo Fabiano Pimentel, quando o tribunal, em função de um princípio legal ou de uma regra, limita o âmbito de incidência de um precedente. PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 490.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 89.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 87.

¹⁸⁸ *Ibidem*. p. 90.

Contudo, também se fala da vinculação da própria Corte aos seus precedentes, ou seja, da chamada eficácia horizontal dos precedentes.

A partir deste ideário, o cidadão deve tomar conhecimento, na medida do possível, não apenas os efeitos que as suas ações poderão produzir, mas também como os terceiros poderão reagir diante delas.

Ademais, retornando a perspectiva da isonomia processual, esta reflete a necessidade da ordem jurídica ser estável. Ela deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial.

Frise-se que a uniformidade na interpretação e a efetivação das garantias é um requisito indispensável ao Estado Democrático de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema na aplicação de direito variável em casos iguais.

Por esta razão, torna-se necessário o estudo dos precedentes judiciais e sua influência no direito brasileiro, considerando a importância da jurisprudência como uma das fontes do direito brasileiro e sua repercussão nas questões processuais penais.

Essa investigação científica acerca dos precedentes passará, a seguir, pela abordagem das duas grandes tradições jurídicas do mundo ocidental, a *Common Law* e *Civil Law*, e das influências que uma exerce sobre a outra. Tal análise, além de guardar sintonia com a temática do IRDR como modalidade de precedente, traz suporte para a compreensão do precedentalismo na dimensão da igualdade, cujas tratativas serão realizadas neste capítulo.

3.2 A convergência entre os sistemas *Common Law* e *Civil Law*

O mundo ocidental se vê dividido em duas grandes tradições jurídicas: o *common law* e o *civil law*. Na origem de sua formação, o *civil law* era baseado no primado da lei. Desta feita, o juiz deveria decidir exclusivamente em razão da lei, não podendo dela afastar-se em hipótese alguma. Essa era uma maneira de controlar a decisão dos magistrados os quais, após a revolução francesa, não detinham boa reputação.

O *common law*, por sua vez, evoluiu de maneira diversa. Os juízes possuíam amplo respeito e eram considerados verdadeiros juristas, cientistas da norma. Por esta razão, suas decisões passavam a ser referência para julgamento de casos futuros.

O *civil law* refere-se diretamente ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental e por outros que foram colonizados por eles, como os países da América Latina. O

que possuem em comum é a influência do Direito Romano na confecção de seus códigos, constituições e leis extravagantes¹⁸⁹.

A tradição jurídica do *common law* possui por base inicial o alcance de padrão jurídico através das produções judiciais e a força vinculante destes vereditos. Diferencia-se, aqui, da expressão *Equity*, que está relacionada ao direito aplicado pelos Tribunais do chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e atender a questões de equidade¹⁹⁰.

Neste panorama, percebe-se que o *civil law* e o *common law* possuem origens históricas distintas, o que levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios¹⁹¹.

Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (ex. França e Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo jurídico¹⁹².

Refere-se a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos etc.), servindo mais para identificar um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a forma que se faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito¹⁹³.

As diferenças históricas das tradições *civil law* e *common law*, ao passar dos anos, foram minimizadas, fazendo crescer o movimento de harmonização entre um sistema e outro e desencadeando uma onda de influências mútuas.

Daí a importância da advertência de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo¹⁹⁴, quando dissertam que o mundo do *common law* não está isolado do mundo do *civil law*. Para eles, em razão de ambas as tradições integrarem a história cultural do ocidente, elas possuem múltiplos contatos e influências recíprocas.

¹⁸⁹ “Fato marcante da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular, nas universidades medievais dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos jurisdicionados romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema: um conjunto de preceitos que deveria estar agrupados, tal qual um organismo vivo”. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

¹⁹⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. *Estudos de direito comparado: o que é a common law”, em particular, a dos EUA*. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 92, 1992, p. 172.

¹⁹¹ PIMENTEL, Fabiano. *Provas, procedimentos e recursos criminais. Atualizado com a Lei anticrime 13.964/2019*. Editora D’plácido. São Paulo, 2020. p. 408.

¹⁹² MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 17. Ver, sobre a noção de sistemas jurídicos, DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996. Especificamente sobre o problema dos precedentes, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC*. São Paulo: RT, 2014.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p. 25.

Para Hermes Zanetti Jr.¹⁹⁵, os ordenamentos jurídicos, em ambas tradições, evoluíram muito no sentido de diminuir a tensão original, de tal sorte que já não é mais legítimo ou realista falar em incompatibilidades paradigmáticas entre os dois grandes ramos do direito ocidental.

François Ost e Mark Van Hoeck¹⁹⁶ afirmam que não existem mais diferenças paradigmáticas que sustentam a distinção radical de métodos entre os sistemas ou tradições do direito ocidental. A evolução do direito acabou jogando por terra as antigas dissensões paradigmáticas entre *common law* (*judge-made law*) e a *civil law* (*code based legal systems*).

Desta feita, uma postura de isolamento dos sistemas jurídicos hoje se torna impraticável, não se justificando nem mesmo por argumentos reportados a contingenciamentos geográficos, diferenças culturais ou distinta evolução histórica de cada povo.

Noutra perspectiva, o fato de os países da família *common law* terem privilegiado o precedente judiciário (*stare decisis et non quieta movere*), enquanto os do *civil law* escolheram a norma como fonte principal dos direitos e correlatas obrigações, também já não é suficiente para se buscar o confinamento de um e outro em patamares incomunicáveis.

Necessário se faz observar que os vazios da legislação na família germânico-romana, especialmente na realidade brasileira, são preenchidos pelos meios de integração que o próprio Direito credencia (equidade, analogia, costumes, princípios gerais e regras da experiência comum)¹⁹⁷, seguindo um perfil mais vocacionado as experiências do Direito Anglo-Saxão.

Isso significa que, ao fim e ao cabo, tudo acaba por refluir à própria norma legal, sob a égide da presunção de completude ou plenitude da ordem jurídica.

Nessa linha de intelecção, Neil Duxbury¹⁹⁸ se preocupa com o argumento do *common law* clássico, segundo o qual precedentes estabelecidos pelos tribunais não se limitam a exigir a atenção de outros tribunais, mas são estritamente ligados a estes.

Esta é a chamada doutrina do *stare decisis*, isto é, do raciocínio de que as decisões judiciais pretéritas devem ser seguidas quando os mesmos pontos debatidos forem identificados em causa posterior.

Apesar de ser equivocado afirmar que os tribunais do *civil law* nunca seguem os precedentes, vale pontuar que o *stare decisis* é uma doutrina aperfeiçoada no sistema *common*

¹⁹⁵ Ibidem. p. 97.

¹⁹⁶ OST, François; HOECKE, Mark Van. **Legal doctrine in crisis: towards a European legal science.** *Legal Studies*, v. 18, p. 197-215, 1998, p. 215.

¹⁹⁷ art. 5º da Lei 12.376/2010 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, red denominação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (1942); novo CPC, parágrafo único do art. 140; art.375; CTN, art. 108.

¹⁹⁸ DUXBURY, Neil. *The Nature of Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 12-13.

law, ao passo que os operadores do direito romano-germânico costumam pensar em precedentes como argumento persuasivo, ao invés de um argumento de autoridade jurídica¹⁹⁹.

O ponto de inevitável aproximação entre estas famílias é destacada aqui através da Teoria da Interpretação apresentada por Daniel Mitidiero²⁰⁰, a qual parte da suposição de que o direito é algo totalmente determinado em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é duplamente indeterminado, sendo justamente papel da interpretação precisar contextualmente o seu significado, como vem sendo paulatinamente destacado desde o início dos Novecentos pelas teorias céticas - puras ou mistas, radicais ou moderadas - da interpretação.

Trata-se de um debate teórico cuja principal característica é a sua generalidade, isto é, o seu caráter transordenamental. Daí a razão pela qual capaz juristas de diferentes mundos, provocando um diálogo entre a *Civil Law* e o *Common Law* e uma consequente interpenetração dessas tradições, rendendo que aproveitam igualmente a ambas²⁰¹.

É possível perceber essa evolução em quatro principais marcos: i) a publicação de *Reine Rechtslehre* (1934) de Hans Kelsen; ii) de *The Concept of Law* (1961) de Herbert Hart; iii) de *L'Interpretazione della Legge* (1980) de Giovanni Tarello; iv) das coletâneas *Interpreting Statutes* (1991) e *Interpreting Precedents* (1997) coordenadas por Neil MacCormick e Robert Summers²⁰².

O que se ressalta, nesse percurso, é o deslocamento da teoria da interpretação de uma posição setorial para uma posição central, a ponto mesmo de marcar a compreensão do direito a partir daí como uma atividade e como um resultado interpretativo e argumentativo²⁰³. Em outras palavras, a teoria da interpretação adquire um caráter pervasivo que perpassa e envolve toda a teoria do direito²⁰⁴.

Semelhante orientação teórica é proposta por Humberto Ávila²⁰⁵, ao remeter a reconstrução do significado do direito para um compartilhamento de tarefas entre legisladores, professores e juízes, cuja confluência é lançada justamente na justificação das decisões judiciais, elemento a partir do qual é possível outorgar tutela aos direitos em particular,

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições do civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 47, 2008, p.18.

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à vinculação**. 2ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2017. p. 53.

²⁰¹ Ibidem. p. 53.

²⁰² Giovanni Tarello, *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 39/42; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 13-15; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: 11, Mulino, 2008. p. 49 e 125.

²⁰³ Ibidem.

²⁰⁴ Vittorio Villa, *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 2-3; Gustavo just, *Interpretando as Teorias da Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196-199.

²⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15. ecl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 51-55; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 114-115, vol. I.

decidindo-se de forma justa os casos concretos submetidos à apreciação judicial, e em geral, outorgando-se à ordem jurídica por meio de precedentes.

Por oportuno, Daniel Mitidiero²⁰⁶ afirma que a necessidade de interpretar leis e de interpretar precedentes e de engendrar-se uma metodologia jurídica capaz de outorgar racionalidade à atividade interpretativa e ao resultado da interpretação passam a ser percebidas como condições inafastáveis para a promoção da tutela dos direitos. Sob o prisma da teoria da interpretação anteriormente mencionada, isso deve ocorrer em ambos os principais sistemas jurídicos ocidentais, o que estabelece uma forte interligação entre eles.

Diante deste elo que conecta as duas grandes famílias jurídicas aqui destacadas, o estudo dos precedentes judiciais e sua influência no Direito Brasileiro ganha relevância, considerando, especialmente, a jurisprudência como fonte do Direito. Na presente pesquisa, a importância é atribuída sua repercussão do debate precedentalista nas demandas processuais penais.

Volvendo atenção, então, para o ordenamento jurídico pátrio, Luiz Guilherme Marinoni²⁰⁷ dispôs que o neoconstitucionalismo fez o sistema brasileiro caminhar em direção ao *common law*, embora admita que, realmente, este não se confunda com o *stare decisis*²⁰⁸.

Para o autor, a dificuldade em ver um papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz no *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*, sendo necessário enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

Dissertando sobre o tema, Juraci Mourão Lopes Filho²⁰⁹ assevera que é preciso considerar dois sentidos que podem ter a afirmação de que o *civil law* se aproximou do *common law*. O primeiro deles diz respeito ao neoconstitucionalismo, o qual ocasionou a importação dos institutos alienígenas porque o arcabouço teórico destes é mais apto a lidar com os desafios da atualidade.

Por sua vez, o segundo refere-se ao constitucionalismo contemporâneo que, na qualidade de fenômeno mundial, forçou os dois sistemas a se moverem conjuntamente em um mesmo sentido, implicando, portanto, numa indistinta troca de institutos na busca de uma solução nova e adequada ao atual estágio de desenvolvimento jurídico de ambos.

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à vinculação**. 2ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2017. p. 53.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, op.cit., p. 71-72.

²⁰⁸ Exemplos, dentre outros, de uma aproximação multinacional, na prática brasileira: a Ação Monitória (CPC, arts. 700-702), em boa medida inspirada no procedimento *d'ingiunzione*, do direito italiano; a Ação Civil Pública, na esteira das *class actions norte-americanas* (Lei 7.347/1985); o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (novo CPC, arts. 976-987), com base na experiência germânica do mercado de capitais (*musterverfahren*).

²⁰⁹ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodium, 2014. p. 117.

Não há dúvida de que o papel do atual juiz do *civil law*, e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz estadunidense. Ocorre que, entretanto, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes.

A não submissão do direito brasileiro a cultura dos precedentes, embora importe outros procedimentos e técnicas processuais do direito anglo-saxão, sempre foi pensado como algo inviabilizado pela existência da legislação escrita, cuja aplicação para os casos concretos dar-se-ia com a atividade de um *juge inanimé* em apenas de declarar uma norma preexistente para a correta solução do caso.

E mesmo percebendo a insuficiência desta norma escrita, ainda se pensava que a tarefa do juiz era de extrair da legislação a resposta para o caso concreto, não obstante as eventuais lacunas da lei.

Reconhecendo-se a possibilidade de aditamento deste conceito ao permitir o exercício jurisdicional interpretativo *standard*, a superação desta problemática cultura de cognitivismo interpretativo e da figura do *juge inanimé* na doutrina brasileira pode ser alcançada através do estabelecimento de uma relação dinâmica e cooperativa entre a legislação e a jurisdição, e por meio da identificação dos instrumentos apropriados a fim de que essa relação possa frutificar e promover a unidade do direito em um permanente equilíbrio entre estabilidade, isonomia e segurança jurídica do sistema jurídico brasileiro.

3.3 Os aportes do sistema precedentalista na prática judicial brasileira

Atualmente, o direito brasileiro adota um modelo misto quanto à eficácia dos precedentes judiciais, a saber: (a) precedentes com eficácia meramente persuasiva; (b) precedentes com relativa eficácia vinculante; e (c) precedentes com eficácia vinculante; não obstante a tradicional afirmação de que é a jurisprudência que se apresenta como fonte do Direito brasileiro, embora reconhecida a diferença conceitual entre jurisprudência e precedente.

Como afirma Thomas da Rosa Bustamante²¹⁰, quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito.

²¹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 326.

A doutrina processual civil brasileira empenhou grande atenção sobre a pertinência e a necessidade de se observar os precedentes judiciais, especialmente durante o projeto de lei que culminou na aprovação do texto do Código de Processo Civil de 2015.

A exposição de motivos da Comissão de Juristas manifestou preocupação com a existência constante de posicionamentos diferentes e incompatíveis sobre uma mesma questão jurídica e a necessidade de tratamento igualitário aos jurisdicionados que estivessem em situações idênticas²¹¹.

A preocupação com a estabilidade da jurisprudência é antiga no país, ensejando, inclusive, a adoção das súmulas pelo Supremo Tribunal Federal ainda na década de 1960.

Este cenário indica que há clara tendência do Direito brasileiro em utilizar os conceitos do *common law*, bem como de criar uma cultura de respeito ao precedente judicial. A importação deste instituto estrangeiro, entretanto, deve ser realizada como cautela e seus efeitos precisam ser dimensionados.

Então, o enfrentamento do tema precedente parte da contextualização do seu ingresso no ordenamento como uma investida do legislador ordinário – premido por um acervo crescente de processos e por um trato desordenado do Direito jurisprudencial – para uma disciplina mais efetiva, mais segura e isonômica da atividade judiciária²¹²

Não é, porém, intenção deste texto fazer a análise detida da “teoria brasileira dos precedentes” nem criticar a opção do legislador. Pretende-se algo muito mais singelo: a invocação de uma modalidade de resposta uniforme (IRDR) a prestigiar o direito humano a isonomia frente aos atos judiciais.

discutir o interesse de intervir – e, em particular, o interesse recursal – à luz dessas novas figuras e desses novos mecanismos vinculantes criados pela lei brasileira.

Poder-se-ia questionar a viabilidade desse prognóstico – afinal, as circunstâncias da vida são ricas e diversas e dificilmente se consegue uma uniformidade de aplicação do direito diante dessas vicissitudes pontuais – e mesmo a opção por privilegiar a segurança jurídica em detrimento de outros valores também fundamentais, a exemplo da isonomia.

Seria também possível duvidar da aproximação das figuras criadas pelo Código ao modelo anglo-americano de precedentes. Porém, não há incertezas a respeito da nítida opção feita pelo legislador brasileiro no sentido de tornar obrigatórias certas decisões, restringindo

²¹¹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 37.

²¹² NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente: o cuidado da coerência e da integridade**. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2019. p. 19.

dos magistrados a possibilidade de escolher a interpretação do texto legal que seja mais correta ao caso concreto.

Neste sentido, é incontestável a importância do Poder Judiciário no seu legítimo papel de interpretação das normas através de decisões judiciais. Contudo, a volubilidade de entendimentos e a existência de diferentes interpretações da lei integram um cenário inseguro e temerário na *praxis* judiciária, pois resplandece um grau de incerteza e descredibilidade.

A propósito, o art. 926 do Código Processual Civil estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Em igual relevância, o art. 927 do mesmo texto legal impõe ao Judiciário nacional o dever de observância de uma série de decisões tomadas em processos, recursos e incidentes específicos, bem como a súmulas, orientações e teses adotadas em casos repetitivos.

3.4 A busca por uma cultura de observância do precedente no ordenamento pátrio

O legislador brasileiro tem se valido muito da força dos precedentes própria de sistemas da família do *common law*. A ausência de uma doutrina concreta sobre precedentes enseja uma compreensão de que estes são resultado acabado de um único caso, julgado por tribunal superior ou sob determinado regime processual com força normativa.

Na síntese de Júlio César Rossi²¹³, os tribunais pátrios criaram uma espécie de precedente à brasileira, isto é, uma forma de solucionar os conflitos por meio da jurisprudência (seja ou não reiterada, matéria constitucional ou infraconstitucional) que servirá de parâmetro normativo obrigatório (não indicativo ou persuasivo), para que os órgãos inferiores do Poder Judiciário chancelem, com a mesma decisão padrão, casos aparentemente assemelhados.

Daniel Favaretto Barbosa²¹⁴ observa que o STF poderá produzir dois tipos de súmulas, as vinculantes e as não vinculantes. Assevera, então, que serão vinculantes aquelas editadas em matéria constitucional. Por outro lado, serão apenas persuasivas, ou seja, sem poder vinculativo, quando editadas em matéria não constitucional, conforme previsão do regimento interno, que inclusive estabelece *quorum* diferente, de maioria absoluta do plenário.

Nesse ponto, Lenio Streck²¹⁵ considera que fora criado um paradoxo pois a principal aposta do legislador brasileiro para resolver a questão da insegurança e celeridade foi a

²¹³ ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas**. Revista de Processo, v. 37, n. 208, p. 203-240, jun./2012, p. 206.

²¹⁴ BARBOSA, Daniel Favaretto. **"Reforma do judiciário", celeridade do processo e as "súmulas vinculantes": considerações para uma análise crítica da EC 45/2004**. RePro nº 138, ago./2006, p. 97.

²¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 115-116.

atribuição de efeito vinculante, por meio da lei, para diversos provimentos judiciais dos Tribunais Superiores.

Para o autor, contudo, após o CPC/2015, praticamente não resta mais nada a ser tornado vinculante. Eis, então, o paradoxo, pois se a solução é criar provimentos vinculantes, no instante em que tudo se vincula, se as mazelas não são solucionadas, o paradoxo se forma, porque a pseudo-solução está esgotada.

Diante disto, ainda nas concepções de Lenio Streck, o processo civil é obrigado a retomar para o caso concreto e, mais especificamente, para a teoria da decisão judicial com o intuito de evidenciar que há um verdadeiro *déficit* qualitativo na fundamentação das decisões judiciais, que não pode ser corrigido pelo simples recrudescimento do efeito vinculante.

Augusto César de Carvalho Leal²¹⁶ destaca os principais argumentos contrários aos precedentes judiciais vinculantes encontrados na doutrina, sendo: i) incompatibilidade com as características do *civil law*; ii) engessamento do Direito; iii) desprestígio à democracia interna no âmbito judicial; iv) a possível injustiça do precedente; v) a violação dos princípios da separação de poderes e da independência funcional dos juízes.

Esse cenário revela a importância de cada vez mais ser aprofundado o estudo sobre o sistema de precedente, o *stare decisis*, bem como as figuras que lhe são afeitas, como o *distinguishing* e o *overruling*, pois, consoante destacado por Lenio Streck e George Abboud²¹⁷, a colocação legislativa de provimentos judiciais vinculantes, em nenhuma hipótese, pode ser confundida com o sistema de precedentes do *common law*.

O precedente não é uma resposta definitiva e a acabada a ser reproduzida em casos subsequentes, tal como o enunciado de uma súmula, tampouco é um sinônimo de jurisprudência²¹⁸. Na verdade, nem toda decisão de Tribunal Superior se torna precedente, razão pela qual essa compreensão é fundamental para que se possa fazer o uso constitucionalmente adequado da nova legislação processual²¹⁹.

Desta feita, não há plausibilidade das razões indicadas por aqueles que não compartilham do ideal de um sistema de precedentes no Brasil. Ao contrário, passam ao largo

²¹⁶ LEAL, Augusto César de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. Universidade de Brasília - Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2013. p. 187.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 105.

²¹⁸ OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. **Os Requisitos do IRDR: Entre o Procedimento-Modelo e a Causa-Piloto**. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; PORTO, José Roberto Mello. Editora Juspodium. p. 57.

²¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 109.

de observarem situações atuais manifestadas perante o ordenamento jurídico que indicam uma emergência na regulamentação desta fonte de direito.

Traçando contribuições teóricas neste sentido, Martha Franco Leite²²⁰ afirma que o julgamento por precedentes no Brasil não é – e nem pode ser – confundido ou igualado ao sistema de julgamento por precedentes do *common law*. Segundo descreve a autora, se nos países de *common law* o respeito aos precedentes é algo inerente à própria cultura dos operadores do direito e plenamente aceito pelos jurisdicionados, de modo que é absolutamente natural aplicá-los, no Brasil é preciso positivar um sistema de precedentes.

Exempli gratia, ao passo que o sistema recursal brasileiro é hierarquizado – por uma opção do próprio poder constituinte originário, já existe uma concentração do poder de interpretação do Direito²²¹ nas mãos de um grupo reduzido de juízes, a quem compete definir a melhor interpretação das normas gerais e abstratas legais e constitucionais.

Ou, nas palavras de Augusto Cesar de Carvalho Leal²²², já é o reduzido grupo de juízes que compõem os tribunais superiores quem dá a última palavra sobre todas as questões jurídicas que aportam o Judiciário brasileiro na forma de controvérsias processuais.

Assim, o que ocorreria com a adoção da doutrina do *stare decisis* seria apenas que – por razões de segurança jurídica, igualdade substancial dos cidadãos, celeridade processual, redução da arbitrariedade judicial, eficiência e legitimidade do Poder Judiciário –, após os órgãos judiciais superiores emitirem seu pronunciamento final sobre um determinado tema jurídico, como já é feito naturalmente, tal entendimento passaria a ser obrigatoriamente respeitado pelos órgãos judiciais inferiores.

Isso evitaria que os jurisdicionados carregassem a martirizante e inútil necessidade de exaurirem todos os recursos disponíveis no Direito processual, prolongando desnecessariamente o processo, para, fatalmente, receber aquela mesma previsível resposta.

Não obstante, em que pese não haver o estabelecimento de um sistema precedentalista no país, existindo inúmeras posições e concepções quanto a utilização ou observância do precedente, ainda é possível constatar situações que vulneram o direito pretoriano, como as decisões do STJ e STF que muitas vezes não são respeitadas no âmbito interno das próprias Cortes²²³.

²²⁰ LEITE, Martha Franco. **JULGAMENTO POR PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO: AVANÇO OU RETROCESSO NA PERSPECTIVA DO ACESSO À JUSTIÇA?** Universidade Tiradentes. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado em Direitos Humanos. Aracaju, Brasil, 2016. p. 120.

²²¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 153.

²²² Ibidem. p. 189.

²²³ Sobre a mesma patologia, porém no âmbito da Corte de Cassação italiana, ver Fernando Santosuosso, juiz da Corte Constitucional italiana: *L'incertezza del diritto nell'attività giurisprudenziale*. in: *La certezza del diritto: un valore da ritrovare*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 96 e ss.

Resultado disso, como não poderia ser diferente, é o descaso dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais Estaduais e Regionais Federais em relação às decisões tomadas pelas Cortes Supremas, configurando uma violação a essência do direito e a efetividade do sistema jurídico.

Ora, embora não se tenha uma regularização do sistema de precedentes, considerando que a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, e tendo em vista a hierarquização estruturada dos tribunais pátrios, por óbvio, as decisões dos tribunais superiores não podem ser ignoradas, de modo que não se pode conceber uma fácil e constante alteração do padrão decisório no âmbito dos Tribunais estaduais e juízes singulares ou mesmo dentro da própria Corte que os emitiu.

Através deste panorama, verifica-se a carência de uma sistematização a respeito do direito pretoriano, suas modalidades, operacionalidade e eficácia, aliada ao fato de que a arraigada filiação à família do *civil law* tem suscitado situações instigantes no trato com o elemento jurisprudencial. Um exemplo está na autorização dada ao STF para qualificar algumas de suas súmulas com o epíteto vinculante (EC 45/2004, art. 8º).

Tecendo comentários neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso²²⁴ afirma que enquanto não houver uma positivação específica e sistematizada (e não apenas esparsa ou pontual) acerca de um vero sistema de precedentes, não se pode reconhecer, no atual estado da arte, que o sistema jurisdicional brasileiro já se tornou bifronte, eclético ou bijuralista, com uma raiz fundada na norma legal e outra na jurisprudência, dominante ou sumulada.

Desta feita, até que sobrevenha uma sistematização abrangente e organizada acerca do precedente vinculativo, o país seguirá tendo a norma legal como paradigma fundamental para aferição das condutas comissivas e omissivas, entendendo-se a lei - em sua formulação original - enquanto produto do Parlamento, como aquela porventura colmatada em seus eventuais vazios pelos meios de integração, dentre os quais não consta a jurisprudência²²⁵.

Além disto, a não adoção de um sistema de precedentes enseja outros males na realidade brasileira. Cite-se, seguindo o exposto por Augusto César de Carvalho Leal²²⁶, a ilusão da parte que obteve decisão favorável aos seus interesses, mas contrária a um precedente de órgão judicial superior e que, por isso mesmo, será adiante reformada; o maior custo de dinheiro com advogados, despesas recursais etc., e de tempo para as partes, haja vista que terão de continuar

²²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes. Natureza, eficácia e operacionalidade**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 443.

²²⁵ Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (redesignação, pela Lei 12.376/2010, da antiga Lei de Introdução, de 1942, art. 4.º).

²²⁶ LEAL, Augusto César de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. Universidade de Brasília - Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição. Brasília, 2013. p. 185.

litigando até as instâncias superiores para obterem a decisão definitiva do processo, destacando-se que, com o respeito aos precedentes, o recurso tornar-se-ia desnecessário ou inútil, porque o órgão judicial inferior já teria aplicado o mesmo entendimento que prevaleceria em eventual insurgência recursal para o órgão judicial superior.

De igual forma, mencione-se a ineficiência do Judiciário, a sua sobrecarga, bem como a perda de celeridade processual, em virtude da necessidade de cada juiz repensar constantemente o mérito de uma mesma questão jurídica e do prolongamento, até as instâncias superiores, de processos que, de outra forma, poderiam encerrar-se nas instâncias inferiores, caso as partes não vislumbrassem a provável obtenção de um resultado diferente nos tribunais superiores, já que os entendimentos destes já teriam sido seguidos.

Levando este debate a seara processual penal, notabiliza-se, ainda, algumas especificidades. Por exemplo, precedentes criminais em ordenamentos de *civil law* e híbridos, como o brasileiro, jamais poderão implicar analogia *in malam partem*, pois isto significaria ultrapassar a vedação da analogia no direito penal material. Em igual sentido, precedentes não poderão criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador, *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.

Entretanto, neste passo, a vedação à analogia não significa uma vedação à interpretação. Assim como demais, as normas penais dependem de interpretação, muito embora o estilo legislativo utilizado pelo legislador nos tipos penais, de regra, deva ser o mais preciso e casuístico possível, evitando conceitos jurídicos indeterminados e normas penais em branco.

Debruçando-se sobre esta questão, Hermes Zanetti Jr. chama atenção no sentido de que, no direito penal - e também nos demais ramos do direito que adotam o sistema de legalidade estrita - um processo de descodificação atua contra a função constitucionalmente assegurada. Por esta razão, o direito penal é previsto como *Magna Charta do delinquente*.

O autor advoga ainda que, no direito penal, a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina pois, confiar em precedentes para harmonizar a lei penal é, não somente um equívoco grave, mas um enorme risco para os fundamentos iluministas deste ramo do direito.

Entretanto, ainda dissertando sobre o tema, Hermes Zanetti afirma que caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive possibilitando a revisão criminal. Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu.

Nas hipóteses insuprimíveis em que o Tribunal definir conceitos jurídicos indeterminados, normas penais em branco ou qualquer conteúdo controverso de normas penais

para gerar efeitos negativos em face dos acusados, estes efeitos devem ser limitados, no campo dos precedentes normativos vinculantes, aos casos futuros.

Perante toda esta perspectiva explicitada, não é desarrazoado atribuir importância ao instituto do *stare decisis* e o reconhecimento da força vinculante dos precedentes judiciais como um instrumento de verdadeira legitimação da atividade judicial.

A aproximação do ordenamento jurídico a uma teoria consolidada de precedentes judiciais acarretará, naturalmente, à contribuição para a duração razoável do processo, a maior eficiência do Poder Judiciário, o desestímulo à litigância, a facilitação da aceitação da decisão, o favorecimento de acordos, a economia de despesas, a despersonalização das demandas e o aumento do grau de imparcialidade do juiz.

Apresentados todos esses benefícios, verifica-se que os precedentes judiciais vinculantes são um instrumento eficaz de ampliação do grau de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito – e, conseqüentemente, de segurança jurídica –, bem como de igualdade material perante as decisões judiciais, de celeridade processual, de eficiência do Poder Judiciário e sua legitimidade, em razão, dentre outros motivos, da redução da possibilidade de arbítrio judicial e da maior aceitabilidade (e respeito) às decisões judiciais.

3.5 Atributos da produção judicial com o advento do novo Código Processual Civil (CPC): coerência, integridade e estabilidade

Para garantir a higidez de seus alicerces, fora necessário assumir que o ordenamento jurídico brasileiro deve ser um tanto completo, harmônico e coerente, através do qual seria possível deduzir soluções jurídicas para indiscriminadas situações.

Daí surge a ideia de plenitude hermética enquanto afirmação de um eixo criado aprioristicamente²²⁷. Mas não só, também foi necessário pressupor um sistema jurídico de índole abstrata pois era a forma de externar a universalidade intrínseca ao saber jurídico.

Essa estrutura predestinada à ciência jurídica por vezes é forçada buscar alternativas e mecanismos que garantam a sua integralidade, coerência e estabilidade nas produções judiciais, especialmente quando deparado com a judicialização massiva e a litigiosidade repetitiva.

É diante deste panorama que o instituto precedentalista reveste-se com uma importante função no ordenamento: conduzir e conter a multiplicação das demandas e minimizar a

²²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial**. In: Parte Geral – Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª edição revista e atualizada. Org. Fredie Didier Jr. Editora Juspodium, 2016. p. 246.

dispersão jurisprudencial excessiva que acarreta ofensa aos postulados da isonomia e segurança jurídica.

Volve-se atenção, então, ao Código de Processo Civil de 2015, no qual é possível verificar uma resposta do legislador a estes novos desafios enfrentados pela prática jurídica.

O CPC, na pós-modernidade, sempre suscitou constante estudo e adaptações objetivando transformar e manter o processo como mecanismo eficiente, eficaz e suficiente para a prestação da tutela jurisdicional.

Na sua nova codificação, pautando-se num paradigma constitucional de processo, cuja pretensão é evitar ou mesmo extinguir soluções baseadas em interpretações inusitadas, resultado de um arbítrio ilimitado, solipsismo, ou influências externas que atribuam à atividade jurisdicional incoerência e desprestígio.

O Código Processual Civil/2015, desta feita, tem como escopo variadas vertentes teórico-normativas, destacando-se pela busca de um processo mais eficiente, célere e que atenda às necessidades do jurisdicionado.

Neste passo, ainda se tem como marcante característica uma maior aproximação da decisão judicial à realidade já que o CPC apresenta parâmetros para fins de produção judicial e cumprimento daquilo que foi determinado pelo julgador.

Tudo isso estruturado e permeado por um sistema próprio de precedentes que tem como finalidade a uniformização das posturas decisórias do Poder Judiciário, de modo a evitar que se tenham decisões diversas sobre a mesma questão, dando ainda mais coerência ao sistema jurídico pátrio.

Embora se reconheça que não há uma originária teoria de precedentes no país, é fato que sobreveio através no CPC/2015 uma teoria precedentalista “à brasileira”, instaurada a partir da miscigenação de institutos processuais do direito estrangeiro, com destaque ao sistema *common law*.

Dissertando sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno²²⁸ consigna – de forma contrária ao que ao entendimento aqui impresso - que não é preciso migrar para o *common law* para se ter um direito processual civil mais efetivo ou, menos que isto, maior estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência dos nossos Tribunais e na adoção dela nos casos concretos em busca de maior isonomia.

²²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 979 – arquivo digital.

Entretanto, foi com o escopo de preservar a previsibilidade das decisões judiciais que o CPC/2015 enfatizou o dever de respeito aos precedentes, de forma a materializara segurança jurídica e proteger o princípio da proteção da confiança dos jurisdicionados.

A coerência das produções judiciais é pressuposto indispensável para a segura e estável promoção de direitos, enquanto a incoerência representa imprevisibilidade das decisões judiciais, insegurança jurídica, enfraquecimento do regime democrático, intranquilidade e, por isso mesmo, estímulo para novos conflitos²²⁹.

Nesse sentido, o art. 926 do CPC impõe aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (*caput*), bem como o dever de editar enunciados de súmula, correspondentes a sua jurisprudência dominantes (§1º), atendo-se, desta feita, às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (§2º).

De forma indireta, essas disposições ainda estão atreladas a uma tentativa de acelerar o julgamento de questões repetitivas, dando solução única para elas. Esse objetivo é externado na Exposição de Motivos do Código²³⁰, sendo um dos alicerces que sustentam a nova lei.

Poder-se-ia questionar a viabilidade dessa conjectura haja vista que as circunstâncias cotidianas se diversificam e geram diversas nuances, sendo uma tarefa difícil obter uma uniformidade de aplicação do direito.

Seria também possível duvidar da aproximação das figuras criadas pelo Código ao modelo anglo-americano de precedentes, conforme fez Cássio Scarpinella Bueno em consideração exposta anteriormente.

Todavia, não restam dúvidas a respeito da nítida opção feita pelo Código no sentido de tornar obrigatórias certas decisões, limitando aos magistrados a possibilidade de escolher a interpretação do texto legal que se vincule melhor que sua cognição e sua interpretação da norma perante àquele caso concreto.

²²⁹ FACCI, Lucio Picanço. **A proibição de comportamento contraditório e o novo Código de Processo Civil**. In: Parte Geral – Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª edição revista e atualizada. Org. Fredie Didier Jr. Editora Juspodium, 2016. p. 434/435.

²³⁰ Afirma a exposição de motivos do novo CPC: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. Por isso é que esses princípios foram expressamente formulados. Veja-se, por exemplo, o que diz o novo Código, no Livro IV: ‘A jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores deve nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia’. Evidentemente, porém, para que tenha eficácia a recomendação no sentido de que seja a jurisprudência do STF e dos Tribunais superiores, efetivamente, norte para os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, é necessário que aqueles Tribunais mantenham jurisprudência razoavelmente estável. A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável”.

A ideia expressada pelo legislador fora sintetizada por Tereza de Arruda Alvin Wambier²³¹ ao afirmar que no Brasil é comum o uso de precedentes apenas quando se trata de casos absolutamente iguais, sob o aspecto fático. Entretanto, é possível e desejável que se reconheça similitude entre casos não idênticos, mas essencialmente iguais, para que, com isso, se preserve a coerência das decisões judiciais, e, portanto, do direito.

É preciso reconhecer, no entanto, que o sistema de vinculação a precedentes no *common law*, não obstante assegure estabilidade, não é rígido ao ponto de estagnar o direito.

Um acertado alerta de Luiz Guilherme Marinoni²³² neste sentido diz que a ausência de precedente com força obrigatória torna impossível a coerência das decisões judiciais e, assim, do direito, mas a evolução da doutrina pode demonstrar que o precedente, cuja força dava coerência ao sistema e ao direito, deve ser revogado para permitir a constituição de uma coerência capaz de espelhar o novo ou, em outros termos, um horizonte redefinido. Desta forma, respeitar precedentes não significa absolutizar a estabilidade e a certeza da jurisprudência.

E isso se dá porque se emerge o entendimento, inclusive no *common law*, que o Direito é mais do que apenas o precedente, e quando juízes se afastam dos precedentes eles o fazem – se presume - por acreditarem que assim estão fortalecendo (e não enfraquecendo) o Direito, a coerência, a isonomia e a segurança jurídica.

Os ordenamentos jurídicos que se filiam à tradição jurídica do *common law*, portanto, adotam a técnica de vinculação aos precedentes (*stare decisis*), por meio da qual obtêm estabilidade e previsibilidade, mas não constituem sistemas jurídicos rígidos, inflexíveis ou infensos a modificações quando tal se faz necessário²³³.

Assim, ainda que não seja a técnica do *stare decisis* absoluta, conferir alguma certeza no Direito é sua virtude primária.

Sobre o ponto, Alexandre Freitas Câmara²³⁴ pontua que há no *common law* uma busca da flexibilidade interpretativa, de modo que os precedentes, ainda que vinculantes, não engessem o Direito.

²³¹ WABIER, Tereza de Arruda Alvin. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 1583.

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 192-193. No mesmo sentido, FINE, Toni M. Op. cit., p. 91: "A doutrina do precedente e sua aplicação, conquanto central para o sistema legal norte-americano, não se afigura uma regra inflexível. Ao contrário, há inúmeros mecanismos mediante os quais os Tribunais deixam de aplicar as regras estabelecidas em casos anteriores. O fato de a regra do *stare decisis* não se apresentar tão rígida dá aos Tribunais um nível de discricão ao aplicar princípios que possam divergir de regras previamente estabelecidas".

²³³ FARBER, Daniel A. **The rule of law and the law of precedents**. Minnesota Law Review, vol. 90, p. 1.183-1.184, 2005. Afirma que o sistema de construção de decisões a partir de precedentes "é estruturado o suficiente para promover estabilidade e coerência, mas flexível o suficiente para permitir improviso e desenvolvimento" (tradução livre; no original: "Is structured enough to provide stability and coherence, but flexible enough to allow improvisation and growth").

²³⁴ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 23.

O autor ainda refere uma passagem de Tunc²³⁵ no sentido de que uma atitude liberal em relação à autoridade do precedente ou até uma certa liberdade quanto a ele não significa, no mínimo, tolerância quanto a uma conduta imprópria. Noutras palavras, uma aderência estrita a precedentes conduz ao que pode ser considerado uma solução injusta no caso concreto, o que não é desejável.

Há, pois, uma batalha por livrar as cortes do aprisionamento cognitivo, de modo que a luta, nos ordenamentos jurídicos filiados à tradição do *common law*, é por evitar uma rigidez que não pode ser admitida em qualquer ordenamento jurídico, sob pena de o Direito atuar como um empecilho à evolução.

Na realidade brasileira, no entanto, sua peculiar estrutura judiciária com dois tribunais de superposição (o STF e o STJ), cujas competências são distintas, sendo certo que em algumas matérias a palavra final cabe ao STJ, não havendo mecanismos capazes de promover o reexame de suas decisões pelo STF, faz com que seja preciso adaptar para o Direito brasileiro a concepção de eficácia vertical dos precedentes, e isto só pode ser feito à luz do princípio do juízo natural²³⁶.

É preciso, desse modo, tornar evidente que a superioridade hierárquica do STF perante o STJ se manifesta apenas (do ponto de vista da formação dos precedentes ou outros padrões decisórios) em matéria constitucional. É o STF o juízo natural dos precedentes em matéria constitucional. Mas o STJ é o órgão máximo da interpretação da legislação infraconstitucional federal, sendo esta Corte, e não aquela, o juízo natural dos precedentes em matéria de Direito federal²³⁷.

Isso torna conseqüente a ideia de que o STF, na condição de guardião da Constituição (e, portanto, do modelo constitucional de processo), tem o dever de submeter-se à interpretação da lei federal firmada pelo STJ, vinculando-se aos precedentes deste.

Essa é uma peculiaridade do Direito brasileiro, uma espécie de eficácia vinculante para cima da dimensão vertical dos precedentes, sendo proveniente dos deveres de coerência e integridade expressamente consagrados no art. 926 do CPC/2015.

Ao final, é de consignar que o objetivo desta previsão expressa no CPC/2015 é dispor que não se pode exigir a imutabilidade do direito, porém, mesmo na mudança, é possível que

²³⁵ TUNC, Andre. **The not so common law of England and the United States, or, precedent in England and in the United States, a field study by an outsider.** The Modern Law Review, vol. 47, p. 165. In: CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** São Paulo: Atlas, 2018. p. 23.

²³⁶ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** São Paulo: Atlas, 2018. p. 79.

²³⁷ Ibidem. p. 79.

se mantenha a coerência do direito como um todo, de forma a não ser afetado esse aspecto da previsibilidade do direito no tempo.

3.6 O precedente judicial na dimensão da igualdade

O exercício da função jurisdicional submete-se a uma série de mecanismos de controle e legitimação, a exemplo do contraditório e ampla defesa, publicidade dos atos jurisdicionais, do dever de fundamentar as decisões, dentre outros.

Contudo, toda essa construção teórico-normativa esgota-se, ou torna-se inócua, caso se admita como algo naturalizado no sistema a possibilidade de casos semelhantes recebam tratamento diverso.

Como excerto relevante nesse sentido, vale citar a afirmação de Fabiano Pimentel²³⁸ quando diz que a independência dos juízes não pode ser entendida como o direito de tratar de modo diferente pessoas que se encontrem numa mesma situação.

Nessa perspectiva, o dever de fundamentação não pode ser entendimento apenas como um pressuposto formal no exercício do julgamento. É nesta oportunidade que o julgador se torna obrigado a declinar as razões pelas quais segue ou não determinado precedente ou jurisprudência firmada pelos tribunais superiores.

De igual forma, a simplista menção vaga, solta e imprecisa de ementas de julgados anteriores no ato da decisão não é uma medida válida no que se refere a fundamentação. Nestas ocasiões, deve o magistrado demonstrar que a descrição de casos pretéritos fora indispensável, relevante ou oportuno para que se concluísse ou não pela incidência de determinado precedente judicial.

Àqueles que buscam o Poder Judiciário tendem a almejar uma decisão racional e justa e, para tanto, são imprescindíveis valores, como a igualdade de acesso a justiça, igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo, as quais são vertentes do gênero da igualdade da jurisdição.

João Hélder Dantas Cavalcanti²³⁹ apresenta três premissas básicas e essenciais às relações jurídicas através das quais o conceito de igualdade encerra em sua dimensão lógica. Ver-se então, a seguir, observada a ordem: i) alude sempre a dois ou mais seres entre os que reivindicam a condição de iguais; ii) como consequência, é imprescindível se estabelecer um

²³⁸ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 221/222.

²³⁹ CAVALCANTI, João Hélder Dantas. **O direito à igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial**. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, 2007. p. 161/174.

nexo entre eles (que devem se encontrar necessariamente relacionados); iii) assim se estabelece a comparação entre todos a partir de uma ou mais qualidades comuns, que identifica a igualdade ou desigualdade²⁴⁰.

Diante deste panorama, Luiz Guilherme Marinoni²⁴¹ considera que ao considerar que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão, é possível constatar que ela é igualmente dependente de um consenso acerca do significado do direito fundamental afirmado na decisão.

Nesta senda, constata-se a ilegitimidade da jurisdição quando, para casos iguais, são proferidas decisões diversas ou quando é gerada decisão distinta ao precedente formado pelo tribunal competente para a definição do sentido e do significado dos direitos fundamentais e das normas constitucionais.

O exercício judicial, seja numa perspectiva teórica ou prática, não admite que a função judicial se limite apenas a mera aplicação da lei. Por mais precisa e exata que pareça ser a construção linguística da norma, o seu significado é amplo e, por vezes, falho, o que enseja uma extensão camada de interpretações, na maioria das vezes divergentes.

Nota-se, então, que a diversidade interpretativa de uma mesma norma, por si só, fundamenta a existência de um sistema de precedentes²⁴².

²⁴⁰ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI 9.613/1998. ART. 17-D. AFASTAMENTO AUTOMÁTICO DE SERVIDOR PÚBLICO INDICIADO EM INQUÉRITO QUE APURA CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DA MEDIDA CAUTELAR. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MEDIDAS COERCITIVAS OU CONSTRITIVAS DE DIREITOS A EXIGIR DECISÃO FUNDAMENTADA NO CASO CONCRETO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRATAMENTO DESIGUAL A INVESTIGADOS EM SITUAÇÕES SIMILARES POR FORÇA DE IMPUTAÇÃO FACULTATIVA À AUTORIDADE POLICIAL. AÇÃO DIRETA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO. 1. Inconstitucionalidade do afastamento automático do servidor público investigado por crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores em decorrência de atividade discricionária da autoridade policial, nos termos do art. 17-D da Lei 9.613/1998, consistente em indiciamento e independentemente de início da ação penal e análise dos requisitos necessários para a efetivação dessa grave medida restritiva de direitos. 2. A determinação do afastamento automático do servidor investigado, por consequência única e direta do indiciamento pela autoridade policial, não se coaduna com o texto constitucional, uma vez que o afastamento do servidor, em caso de necessidade para a investigação ou instrução processual, somente se justifica quando demonstrado nos autos o risco da continuidade do desempenho de suas funções e a medida ser eficaz e proporcional à tutela da investigação e da própria administração pública, circunstâncias a serem apreciadas pelo Poder Judiciário. 3. Reputa-se violado o princípio da proporcionalidade quando não se observar a necessidade concreta da norma para tutelar o bem jurídico a que se destina, já que o afastamento do servidor pode ocorrer a partir de representação da autoridade policial ou do Ministério Público, na forma de medida cautelar diversa da prisão, conforme os arts. 282, § 2º, e 319, VI, ambos do CPP. 4. A presunção de inocência exige que a imposição de medidas coercitivas ou constritivas aos direitos dos acusados, no decorrer de inquérito ou processo penal, seja amparada em requisitos concretos que sustentam a fundamentação da decisão judicial impositiva, não se admitindo efeitos cautelares automáticos ou desprovidos de fundamentação idônea. 5. Sendo o indiciamento ato dispensável para o ajuizamento de ação penal, a norma que determina o afastamento automático de servidores públicos, por força da *opinio delicti* da autoridade policial, quebra a isonomia entre acusados indiciados e não indiciados, ainda que denunciados nas mesmas circunstâncias. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de promoção de arquivamento do inquérito policial mesmo nas hipóteses de indiciamento do investigado. 6. Ação Direta julgada procedente. (STF - ADI: 4911 DF, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 23/11/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 03/12/2020).

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). A força dos precedentes. Estudo dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 577/597.

²⁴² *Ibidem*. p. 234.

Adriano Barbosa²⁴³ reporta neste sentido uma distinção acerca da estrutura existencial da norma abrangente predestinada a uma interpretação. Para o autor, os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com cláusulas gerais pois estão previamente estabelecidos em lei, e carecem de preenchimento.

Já as cláusulas gerais, na concepção de Adriano, são muito mais amplas, possuindo um grau de indeterminação muito maior, de modo que ao aplicar e concretizar os valores e princípios contidos nessas cláusulas, o julgador deverá criar a própria moldura que se encaixe ao caso em análise.

Em que pese este cenário, reitere-se a necessidade de casos semelhantes obterem resultados semelhantes, aplicando-se a máxima *mihi factum, dabo tibi ius*.

Seguindo essa premissa, Gisela Telles de Menezes Morais²⁴⁴, numa acurada observação, escreve que a coerência da prestação jurisdicional promoverá a universalidade e a unicidade das relações jurídicas entre todos que buscam a solução judicial. A força normativa dos precedentes, então, é adequada para promover a igualdade, permitindo que controvérsias idênticas tenham resultados idênticos.

Permeia uma ofensa direta ao princípio da igualdade quando uma lei é sujeitada a diferentes interpretações, variando de caso a caso, pois há uma lei aplicada a diferentes casos com características essencialmente semelhantes entre si.

Não por outro motivo que Fabiano Pimentel²⁴⁵ considera que a uniformidade do direito é um componente essencial da igualdade de tratamento dos casos essencialmente semelhantes entre si.

Nesta dimensão, se é possível falar em igualdade no processo e em igualdade ao processo, é mais adequado conceber, neste debate, a igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual.

Esse cenário, na visão de Marinoni²⁴⁶, revela uma grave lacuna, qual seja: Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais?

Acerca desta indagação, o próprio articulista propõe uma resposta cujo entendimento é compartilhado nesta pesquisa. Para ele, o acesso à justiça e a participação adequada no processo

²⁴³ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). A força dos precedentes. Estudo dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 259.

²⁴⁴ MORAIS, Gisela Telles de Menezes. **O Precedente Vinculante na Solução das Controvérsias**. Revista de Direito da Faculdade Anhanguera de Jacaraí, v. 14, n. 19, ano 2011. p. 33.

²⁴⁵ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 427.

²⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 113.

só têm sentido quando correlacionados com a decisão. Isto porque esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo²⁴⁷.

Noutras palavras, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores impescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.

Faz-se necessário, então, impedir que para casos iguais haja uma multiplicação de interpretações, gerando diversas normas jurídicas, o que resulta em desigualdade e insegurança jurídica.

Suscita-se para este fim a utilização do princípio do sistema *common law*, *treat like cases alike*, isto é, tratar os casos iguais de forma semelhante²⁴⁸.

A viabilidade desta proposta é avistada, a propósito, em trecho de obra de autoria de Hermes Zanetti Jr.²⁴⁹, quando o mesmo consigna que após 1891 ocorreram sucessivos momentos de recepção constitucional da tradição jurídica norte-americana, quer no próprio texto constitucional, quer pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso conduziu, conforme consignou, para a Emenda Constitucional n. 45/2004 à Constituição de 1988, na qual se deu a recepção mitigada do *stare decisis* como regra de previsibilidade das decisões dos tribunais brasileiros, conferindo maior igualdade, necessária estabilidade ao direito, decorrente das decisões dos órgãos judicantes e fechando um círculo de recepção constitucional começado com a Constituição da República de 1891.

Isso direciona o ordenamento jurídico pátrio ao empréstimo deste instituto oriundo da *common law*, pois, dada a oscilação interpretativa dos tribunais, faz-se necessária a adoção de teoria dos precedentes que possibilite evitar que ocorra o tratamento desigual perante as produções judiciais.

Haverá assim uma contribuição à racionalidade das decisões, das quais decorrem a previsibilidade do direito, a sujeição do juiz à lei e aos precedentes, a igualdade de tratamento e a efetividade do direito.

3.7 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como modalidade de precedente

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). A força dos precedentes. Estudo dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: JusPodium, 2012. p. 577/597.

²⁴⁹ ZANETTI Jr. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. 2ª ed. Revista e atualizada. Editora JusPodium, 2016. p. 41.

Conforme descreve Bruno Dantas²⁵⁰, o IRDR, previsto no art. 976 e seguintes do CPC/2015, pode ser conceituado como o incidente processual instaurado para, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a interesses individuais homogêneos.

Assim, originado como um verdadeiro mecanismo para solução de demandas repetitivas, o IRDR pode ter como objeto questões de direito material ou processual no qual se promoverá um julgamento único e vinculante, de modo a evitar a disparidade de entendimentos e alcançar o pleno exercício da isonomia e segurança jurídica.

Ao possuir natureza jurídica de incidente processual, o IRDR possui autonomia quanto ao processo do qual foi derivado, haja vista que tem como objetivo fixar uma tese jurídica cuja aplicação se dará não só ao processo paradigma, mas também ocorrerá de forma incidental a todos os casos que guardem semelhança.

É possível consignar então que há dois procedimentos distintos, seja o do processo suspenso, de índole subjetiva, e aquele do incidente, voltado a criação e a fixação de um precedente²⁵¹.

No caso do IRDR, o precedente é a tese jurídica firmada pelo tribunal competente, órgão necessariamente colegiado, após a plena participação das partes e de outros representantes da sociedade civil²⁵².

Sofia Temer²⁵³, compartilhado da afirmação supra, consigna que a decisão proferida no IRDR foi feita para ser precedente. Nesse toar, ela considera ainda que o desenho procedimental do incidente de resolução de demandas e a eficácia conferida pela lei para suas decisões demonstra que ele foi criado para que seja proferida uma decisão cujo objetivo será servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros que tratem da questão analisada²⁵⁴.

Ao seu passo, Antônio de Passos Cabral²⁵⁵ afirma também que a decisão do IRDR é de forma proposital um precedente, e seu objetivo é evidentemente fixar uma tese que seja adotada pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados, sendo esta uma premissa indispensável para analisar-se o instituto.

²⁵⁰ DANTAS, Bruno. **Comentários ao capítulo VII do título I do Livro III do CPC: do incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.179.

²⁵¹ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Teoria geral dos casos repetitivos**. Rio de Janeiro: LMj Mundo Jurídico, 2018, p. 113.

²⁵² BARILLI, Raphael Jorge de Castilho; LUCAS, Daniel de Souza. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e sua Posição na Teoria do Precedente**. In: *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas*. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; PORTO, José Roberto Mello. Editora Juspodium. p. 275.

²⁵³ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Conforme Novo CPC. Editora Juspodium. Salvador, 2016. p. 201.

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 201.

²⁵⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Comentários aos arts. 976 a 987**. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.423 e 1.427.

Foi o intento do legislador brasileiro ao projetar a eficácia para a decisão emanada em sede de IRDR. Entretanto, considerando que o perfil originário do instituto é canalizar a formação do precedente, é válido destacar um traço peculiar do incidente alusivo ao intento de criação de um padrão decisional abrangente para aplicação no máximo de casos possíveis que versem sobre a mesma questão.

Trata-se da alheação as especificidades fáticas para a fixação da tese sobre questão jurídica, fazendo com que a decisão do IRDR não seja compreendida como uma solução empregada ao caso concreto cujo reflexo é teoricamente rico ao ponto de servir como padrão decisório para casos semelhantes.

Considerando a tradição do *common law*, o conceito de precedente encontra-se envolvido a uma decisão formulada perante um caso concreto. Assim, o precedente não fixa tese jurídica, salvo quando vinculada a uma específica situação e, mesmo quando isto ocorre, é necessário extrair a *ratio decidendi* universalizável daquele caso e aplicá-la nas demandas que possuam similitude fática e jurídica.

Em que pese tais diferenças, o modelo de precedentes obrigatórios constituído no ordenamento jurídico pátrio por meio do Código de Processo Civil de 2015 corresponde a uma significativa mudança na conjuntura do direito processual pátrio, além de resultar profundo impacto à prática jurídica brasileira.

Por isso não seria desarrazoado pontuar que o implemento desta novidade procedimental deveria ser subsequente a uma notável e acurada reforma constitucional, já que o CPC incrementa consideravelmente a atribuição dos tribunais ao consentir, inclusive àqueles de segundo grau, o poder de definir teses jurídicas dotadas de caráter normativo geral e abstrato.

Não por outra razão que Nelson Nery Jr.²⁵⁶ e Alexandre Freitas Câmara²⁵⁷ teceram algumas considerações aversas ao sistema precedentalista adotado pelo Código Processual Civil de 2015, pois, segundo eles, o poder de elaboração da norma conferido aos tribunais em razão dos julgamentos elencados no art. 927 superaria a autoridade da própria lei e da Constituição.

Entretanto, no que diz respeito ao IRDR, embora entenda-se que a tese fixada através dele é influente, preponderante e obrigatória, trazendo a ideia de que o julgador ficará constrangido pelo precedente, não se implica necessariamente que deve alcançar naquele caso o mesmo resultado produzido no processo paradigma.

²⁵⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

²⁵⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 425-442.

Havendo divergências fatídicas e jurídicas que assim justifiquem, mas identificando-se alguma proximidade entre a tese do IRDR e o caso em julgamento, o julgador poderá sentir-se constrangido a utilizar o precedente apenas como ponto de partida do raciocínio lógico que será desenvolvido.

Isso porque, segundo o referido processualista, a prática dos juízes e tribunais no Brasil carece de uma teorização ou de uma doutrina da utilização dos precedentes, na medida em que reprisam, de forma mecanizada, os julgados do Poder Judiciário em casos semelhantes ou mesmo as meras ementas de acórdãos como se fossem precedentes, interpretando-os e aplicando-os sem fazer a análise pormenorizada da causa da qual se originaram a partir dos debates processuais.

Esse cenário revela a necessidade de ser adotado, no Brasil, uma teoria precedentalista. E ela, por sua vez, deve ser amparada por uma perspectiva que alcance um processualismo constitucional democrático, afastando-se, por óbvio, de uma padronização decisória superficial que limite a análise e a reconstrução interpretativa do direito. Em igual sentido proclama Dierle Nunes²⁵⁸.

Assim é que muitas disposições do CPC/2015 revelam o intento do legislador de imprimir força vinculante a um rol de produções judiciais qualificadas (art. 927 e incisos).

E é com base nessa linha intelectual que o Código Processual Civil recepciona a eficácia impositiva do acórdão em IRDR, cujo produto proteja-se numa reverberação horizontal e vertical perante processos pendentes e futuros. Pontua-se, a seguir, algumas disposições neste sentido.

A primeira delas diz respeito a tutela de evidência. A resposta jurisdicional, que não se condiciona ao *periculum in mora*, pode ser concedida quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos (...)”, conforme previsto no art. 311, inciso II do CPC.

Outra previsão encontra-se contida no art. 932, inciso V, do CPC. Trata-se do desprovemento liminar, pelo relator de “recurso que for contrário a:” “c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas (...)”.

Nesta senda, torna-se obrigatória a observância dos acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas, por força do art. 927, inciso III, do CPC e é cabível reclamação contra

²⁵⁸ NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória.** Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 189, set. 2011, p. 38.

decisão judicial contrária à tese jurídica firmada em IRDR, nos termos do art. 988, inciso IV, redação da Lei 13.256/2016, c/c §1º do art. 985.

Há de se destacar ainda a previsão de modulação dos efeitos da decisão, no interesse social e da segurança jurídica, na hipótese de alteração de jurisprudência oriunda de julgamento de casos repetitivos (§4º do art. 927, c/c art. 928, inciso I e art. 986 do CPC), bem como de improcedência liminar do pedido (art. 332, inciso III) quando contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Destaque-se ainda a eficácia panprocessual (contemporânea e futura) e projeção territorial expandida (estadual, regional ou nacional) do acórdão de mérito do STF ou do STJ no julgamento do RE ou do REsp tirados de acórdão prolatado em incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 985 e incisos; §2º do art. 987; §3º do art. 982; §4º do art. 1.029).

De igual forma há a eficácia extraprocessual do acórdão em IRDR relativa à Administração Pública, em decorrência da comunicação “ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para a fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, a tese adotada” (§2º do art. 985).

Acrescente-se a estas previsões o tópico objeto do Enunciado nº 20, aprovado no Seminário "O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil", na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, nos seguintes dizeres: “O pedido fundado em tese aprovada em IRDR deverá ser julgado procedente, respeitados o contraditório e a ampla defesa, salvo se for o caso de distinção ou se houver superação do entendimento pelo tribunal competente”²⁵⁹.

Diante deste panorama, convém trazer a pontual consideração de Rodolfo de Camargo Mancuso²⁶⁰ quanto a irradiação da eficácia do acórdão em IRDR. O autor considera que as expressas previsões do CPC quanto ao IRDR, algumas delas expostas acima, bastam para deixar estreme de dúvida de que ele se projeta de modo vinculante, horizontal e vertical.

O IRDR tem o principal objetivo de acelerar a resolução das causas repetitivas e o seu julgamento é considerado um precedente em razão de mera ficção legal de que abordará a integralidade dos argumentos objetos da controvérsia jurídica, podendo ser instaurado, de acordo com o CPC/2015, a partir de alguns poucos processos repetitivos.

Isso não significa que será potencializado o risco de uma padronização superficial e indesejável da interpretação do direito ou mesmo que trará risco de o entendimento

²⁵⁹ Brasília, 26 a 28.08.2015.

²⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 184.

jurisprudencial ser fixado de forma prematura, ensejando novos dissensos, num curto lapso temporal, diante do surgimento de novos argumentos não imaginados ou não trazidos à discussão na época do incidente.

Seguindo o trilho desta característica precedentalista, no capítulo seguinte será promovida uma releitura deste mecanismo processual cujo reflexo é direcionado às demandas processuais penais, influenciado pela evidente necessidade de minimizar a dispersão jurisprudencial excessiva que dialoga negativamente com o direito à liberdade dos indivíduos.

4. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) NO ORDENAMENTO JURÍDICO: POSSIBILIDADES E LIMITES DE INCIDÊNCIA NO PROCESSO PENAL

No capítulo anterior, fora possível estabelecer que não há propriamente um estudo sistemático do precedente apto a emergir uma teoria geral como referencial teórico para o sistema jurídico brasileiro.

O precedente, enquanto instituto originário do sistema *common law*, ao se espalhar para os países cuja tradição jurídica é a romano-germânica, reclama a análise e compreensão de seu significado e sua posição na teoria das fontes do direito, de modo que seja possível alcançar ao máximo suas potencialidades destinadas à estabilidade, coerência e unicidade do direito.

Seguindo os passos desse movimento, ainda nos tópicos pretéritos, alocou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas como um instituto apto a gerar um precedente judicial cuja força vinculativa seja obrigatória no Brasil, apesar das especificidades da estrutura judiciária pátria.

Neste capítulo, então, passa-se inicialmente a identificação da natureza desta técnica processual. Isto porque definir a natureza do IRDR é uma etapa essencial para compreender o regime que lhe deve ser aplicável, e o que influenciará na compreensão de seus elementos objetivos e subjetivos, determinando, por exemplo, as regras sobre sua formação e estabilização, como também sobre a natureza da decisão resultante dele e sua eficácia.

Além disso, este capítulo atinge o âmago do problema lançado nesta investigação a respeito do cabimento qualificado do IRDR no processo criminal, simultaneamente confrontado com a tentativa de resposta a qual passa pela releitura do instituto através da sua dimensão no Código Processual Civil e o estabelecimento de uma conexão com o procedimento firmado a partir das decisões proferidas em sede penal pelos tribunais superiores nos casos revestidos de repercussão geral.

4.1 Decisões vinculantes no processo penal

A jurisprudência penal e sua literatura especializada sustenta grande relevância para que o hermeneuta jurídico interprete e compreenda aquele direito estabelecido através do enunciado de uma determinada norma jurídica. A decisão penal vinculante, neste contexto, fixa o limite interpretativo, apresentando maior taxatividade e, por consequência, consagrando a previsibilidade, a coerência e a segurança jurídica ao sistema.

Não só isso, a utilização dos precedentes no direito penal faz com que o operador da norma observe as limitações intransponíveis da taxatividade legislativa para o exercício do *ius puniendi*.

Neste passo, os precedentes e a jurisprudência penal adquirem valor de norma jurídica e contribuem para orientar os julgadores e os jurisdicionados sobre o que é penalmente ilícito.

A busca por um silogismo aperfeiçoado dentre do campo do subjetivismo judicial vem a ser tarefa imprescindível no âmbito penal pois a volatilidade de interpretação pode causar efeitos negativos aos indivíduos, especialmente quanto ao direito à liberdade. Por isso, eventual disparidade ou dessemelhança na interpretação da mesma norma deve ser vedada em matéria criminal.

A normalização de eventual dissenso sobre uma questão de direito ensejará receio ao indivíduo submetido a tutela do Estado pois este consignará eventual benefício ou infortúnio na decisão sobre sua liberdade a depender do juiz, turma ou tribunal que estiver julgando a ação.

Seria possível constatar, neste contexto, interpretações ocasionais que resultariam em punições diversas para os réus que praticaram idênticos delitos proferidas pelo mesmo tribunal ou pelo Poder Judiciário enquanto órgão unificado.

A par dessas considerações, entende-se que não é possível a encampação da teoria dos precedentes na seara criminal. Os precedentes judiciais, sejam persuasivos, sejam vinculantes, na esfera criminal, devem servir como baliza e instrumento de controle das decisões judiciais, não se portando, pois, como uma tese genérica e abstrata de replicação obrigatória.

Seguindo esse arcabouço argumentativo, empunha-se que a formação de um padrão decisório deverá ensejar uma consolidação de direitos e garantias processuais penais, de modo que interpretações mais favoráveis, independentemente da instância que tenha feito, devem sempre prevalecer, ainda que haja tese nos Tribunais Superiores em sentido diverso.

Em outros termos, os precedentes devem ser, tão somente, um limitador interpretativo para decisões mais prejudiciais ao réu, devendo, em decorrência da instrumentalidade do processo penal, sempre prevalecer a interpretação mais favorável ao réu.

Essa asserção baliza-se no princípio processual do *in dubio pro reo*, e nos preceitos - dele oriundos - *favor rei* e *favor libertatis*, que tem respaldo na presunção de inocência. Assim, alicerçados nas citadas premissas principiológicas, quando duas posições jurídicas divergentes possam gerar dúvida, deve-se resolver a demanda a favor do réu, e na interpretação de duas normas legais antagônicas, deve-se optar pela mais favorável ao réu.

Seguindo essa linha intelectual, através da uniformização da jurisprudência, as Cortes de vértice poderão delimitar o escopo de razões legítimas na interpretação da lei à luz do caso

concreto. Não há nada que impeça a existência de discordâncias razoáveis na interpretação da norma e dos princípios, contanto que a decisão final esteja em consonância com os direitos e garantias processuais e penais.

Desta feita, a adoção de um sistema de precedentes no processo penal decorre da transposição da legislação processual civil ao processo penal através da previsão do art. 3º deste último diploma, sendo aplicável em razão da necessidade de manutenção da jurisprudência e tratamento igualitário do jurisdicionado e tendo em vista a ausência de disposição legal expressa que trate especificamente dessa matéria no processo penal.

O art. 926 e seguintes do CPC/2015 delineou um modelo geral de precedentes, com institutos e diretrizes a serem observadas pelos diversos ramos processuais existentes, cuja aplicação deverá ocorrer supletiva, residual e subsidiariamente a cada um deles.

O padrão desenhado no Código Processual Civil contém elementos que, além de fornecerem subsídios para a adequada compreensão do que é um precedente para o direito brasileiro, fixam pressupostos para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à sua aplicação, superação, distinção, modulação de efeitos, dentre outros.

Contudo, a sua incidência, no âmbito criminal, deve observar as peculiaridades e, consequentemente, os princípios que são próprios ao Direito Penal e Processual Penal, a exemplo do princípio da estrita legalidade ou da reserva legal, princípio da individualização da pena, princípio da responsabilidade pessoal, princípio da culpabilidade, princípio da irretroatividade da lei penal, princípio da adequação social e o destacável e anteriormente mencionado princípio do *in dubio pro reo*²⁶¹.

Neste panorama, a utilização dos precedentes no processo penal não poderá implicar em analogia *in malam partem*, sendo defeso, ainda, a criação tipos penais, posto que tal função é exclusivamente do legislador.

Caso seja proferida decisão de efeito vinculante favorável ao réu relativa a direito penal material, aplica-se à regra contida no art. 2º, §1º, do CP e art. 5º, XL, da CFRB/88, isto é, os efeitos da decisão serão de incidência imediata, e, retroagirão para beneficiar infrações praticadas antes da fixação do precedente. Quanto as decisões que tratem de norma processual, segue-se o disposto no art. 2º, do CPP, ou seja, seus efeitos são de aplicação imediata²⁶².

²⁶¹ Luigi Ferrajoli, afirma serem 10 os postulados do direito penal e processual penal, em um sistema garantista: 1) nulla poena sine crimine; 2) nullum crimen sine lege; 3) nulla lex (poenallis) sine necessitate; 4) nulla necessitas nisi iniuria; 5) nulla iniuria sine actione; 6) nulla actio sine culpa; 7) nulla culpa sine iudicio; 8) nullum iudicium sine accusatione; 9) nulla accusatio sine probatione; 10) nulla probatio sine defensione. (In: FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 69)

²⁶² Caso a decisão com efeito vinculativo trate de questão mista, ou seja, que diz respeito a direito penal material e a direito processual, em regra, entende-se ser aplicável o mesmo critério do direito penal, ou seja, tratando-se de norma benéfica, retroage para beneficiar o réu, caso seja prejudicial, os casos anteriores à fixação do precedente serão regulados pelo entendimento anterior (ultratividade do entendimento mais benéfico).

Os referidos axiomas, são, em síntese, a positivação no Código Penal e no Código Processual Penal, das garantias constitucionais elencadas ao longo de todo o texto constitucional, em especial, das previstas no art. 5º e incisos da CRFB/88.

Ressalte-se, por oportuno, que este rol não é taxativo, haja vista que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O panorama acima exposto reforça a tese de que é necessário o desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o processo penal. Todavia, isso não significa que o modelo precedentalista esposado no CPC/2015 não é aplicável ao processo penal.

O arquétipo do CPC/2015, conforme já exposto, é um modelo geral e contém, portanto, diretrizes e institutos a serem observados pelos demais ramos processuais. Ele fornece subsídios para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à aplicação dos precedentes.

Se no processo civil, que se destina precipuamente a tutelar direitos patrimoniais, a jurisprudência, deve se manter íntegra, estável e coerente, sob pena de afronta à segurança jurídica, e, sobretudo da proteção da confiança, com mais razão esta lógica deve ser seguida no processo penal que tem como objeto a liberdade do ser humano.

A rigor, o modelo de precedentes busca evitar a indeterminação do discurso jurídico, o que, sem dúvidas, provoca arbitrariedades. Nesse toar, se provimentos arbitrários se mostram danosos à tutela de direitos patrimoniais, na tutela da liberdade alcançar maior gravidade.

Evidencia-se, portanto, que o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável ao processo penal. A aplicação não é irrestrita e deve observar a lógica e princípios do direito processual penal. Os precedentes não podem criar tipos penais ou mesmo configurarem uma analogia *in malam partem*.

Feitas essas considerações, volve-se a atenção ao teor do artigo 927 do CPC/2015²⁶³ o qual apresenta as decisões que podem ser consideradas precedentes vinculantes, sem prejuízo de reconhecer que todas as demais decisões colegiadas, especialmente dos Tribunais de vértice, podem formar precedentes persuasivos²⁶⁴.

Inicia-se discorrendo sobre o precedente de observância obrigatória oriundo das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade,

²⁶³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

²⁶⁴ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 138.

conforme previsão do artigo 927, inciso I, do Código Processual Civil. O controle concentrado é o controle abstrato de uma norma num único tribunal (STF). Busca-se por meio deste examinar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo em tese através de ações específicas²⁶⁵.

O STF, ao decidir, por meio de ação direta, a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, acaba por produzir precedentes com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal²⁶⁶.

É imperioso reconhecer que as ações de controle concentrado são instrumento de tutela coletiva, aplicáveis as leis penais²⁶⁷, e inclusive possuindo reflexo em direitos subjetivos individuais, que, no entanto, não se confunde com os outros dois modelos (processo coletivo e fixação de teses jurídicas)²⁶⁸.

²⁶⁵ ex. Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva.

²⁶⁶ No ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional no 45,6 instituiu-se a possibilidade de o STF editar súmulas com efeitos vinculantes, mantida a eficácia persuasiva dos verbetes já editados, bem como se limitou a apreciação dos recursos extraordinários pela Corte Constitucional àqueles que apresentem repercussão geral.

²⁶⁷ HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborda os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (STF - HC: 104410 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 06/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

²⁶⁸ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 146.

Superando essa explanação acerca do controle concentrado de constitucionalidade, mergulha-se noutra hipótese de instituição de um precedente, desta vez com natureza preventiva.

Isto é, se a questão jurídica controvertida não estiver repetida em uma pluralidade de processos judiciais, ainda assim poderá (deverá) ser uniformizada pelo tribunal. Trata-se de incidente de tutela coletiva com natureza preventiva, pois evita que se estenda, pela sociedade, a indesejada insegurança jurídica gerada pelas várias interpretações da norma.

O Código de Processo desenhou, pela primeira vez²⁶⁹, um instrumento para tanto: o Incidente de Assunção de Competência (art. 947). O regramento, contudo, é curto, apenas trazendo alguns elementos pontuais, sendo certo que todo o restante deverá seguir o tratamento dado aos incidentes repressivos, salvo quando não houver compatibilidade.

De acordo com o diploma processual, o incidente preventivo será cabível quando existir uma relevante questão de direito, a qual desperta uma das seguintes situações: grande repercussão social; divergência entre órgãos fracionários do tribunal; e) conveniência na prevenção de decisões conflitantes.

O IAC é aceito apenas nos Tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, posto que depende de um processo em tramitação no Tribunal em que será instaurado²⁷⁰.

Quanto a este procedimento, Daniele Galvão²⁷¹ pontua que após a sua admissão, há assunção da competência para julgamento da questão para um órgão com colegiado maior, dentro do mesmo Tribunal, especificado pelo Regimento Interno.

No seu atual formato legislativo, o IAC acaba assumindo o papel de servir à uniformização da jurisprudência (art. 947, § 4º), mas essa função é apenas residual, já que o julgamento de recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas e a própria edição de súmulas acabam por estabilizar o entendimento do tribunal.

Ultrapassando a explanação acerca do IAC, parte-se, neste momento, para a análise de outra espécie de decisão vinculante prevista no CPC.

Pois bem. O processo foi pensado, na sua modelagem tradicional, para mecanizar a atividade jurisdicional de maneira singularizada, individualizando a interpretação de uma norma para cada situação ou conflito, e não para que houvesse uma aplicação generalizada ou uniforme daquele direito reclamado.

²⁶⁹ A doutrina entende que o IAC substituiu o antigo incidente de uniformização de jurisprudência previsto no CPC 1973, com significativas alterações. PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. Op. Cit., 2017, p. 334-337; FERNANDES, Marília Costa Barbosa. Op. Cit., 2018, p. 136-137; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit., 2018, p. 1429; ARRUDA ALVIM, Angélica et al. (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1085. In: ²⁶⁹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 138.

²⁷⁰ Ibidem. p. 176.

²⁷¹ Ibidem. p. 177.

Noutra perspectiva, agora levando em consideração o sistema judiciário, não é difícil perceber que a estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho.

Não há recursos suficientes e bem empregados para resolver o abarrotamento dos fóruns e tribunais em todo o país, sendo deficiente a análise e o tratamento do fenômeno da litigância de massa também sob a dimensão panprocessual²⁷².

A feição repetitiva dos conflitos judicializados (ou de questões pontuais neles debatidos) tornou premente a necessidade de adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial.

O processo deve adequar-se às situações repetitivas. Nas considerações de Leonardo Carneiro da Cunha²⁷³, há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre o mesmo tema.

A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas.

A propósito, o processo coletivo já havia sido desenvolvido a partir da necessidade de adequação da tutela tradicional aos conflitos emergentes da sociedade contemporânea, o que poderia justificar sua aplicação também à litigiosidade de massa²⁷⁴.

Assim, a existência de tais fragilidades e, por vezes, o próprio descabimento da tutela coletiva para os litígios seriados demonstraram a necessidade de redirecionar o desenvolvimento das técnicas processuais, com a criação ou adaptação de novos métodos.

Desta forma, o CPC/2015 apresentou em seu artigo 976 e seguintes outro procedimento para formação de tese jurídica a ser aplicada em casos repetitivos, qual seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁷⁵, o IRDR se insere no rol dos mecanismos que podem tentar realizar a árdua tarefa de julgar os litígios envolvendo direitos individuais homogêneos de centenas, milhares ou milhões de pessoas, mediante uma ou poucas ações coletivas ou outros meios de resolução coletiva de demandas repetitivas, de massa ou plúrimas.

²⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41

²⁷³ CUNHA, Leonardo Carneirada. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo. vol. 179, jan/2010 (versão digital).

²⁷⁴ Ibidem, p. 34.

²⁷⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro, Forense, 2017. p. 37.

Também é um instrumento voltado para a solução de questões comuns enfrentadas pelos órgãos judiciários, ainda que em demandas heterogêneas, com o escopo de se garantir, ao mesmo tempo, a economia processual e o princípio da isonomia²⁷⁶.

Ademais, o CPC/2015, em seu artigo 927, inciso III, dispõe que são de observância obrigatória as decisões proferidas em Recurso Especial ou Extraordinário repetitivos. Não obstante este artigo legal, ao tratar da admissibilidade dos recursos excepcionais, o Código Processual Civil de 2015 estabeleceu que, em razão de decisão proferida em recurso repetitivo, o presidente ou vice-presidente do Tribunal local poderá negar seguimento ao recurso (art. 1030, inciso I, alínea b) ou encaminhar o processo para o juízo de retratação²⁷⁷.

Em que pese a ausência de previsão constitucional quanto à existência e procedimento dos recursos repetitivos, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser aventada, posto que tal previsão infraconstitucional decorre de um modelo constitucional de processo no qual as garantias de devido processo legal são necessariamente observadas, conforme asseverou Danyelle Galvão²⁷⁸, amparada nas lições de Erik Navarro Wolkart.

A autora pontua ainda que a disciplina dos recursos repetitivos no Processo Penal é integralmente remetida ao Código Processual Civil de 2015, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal pois a legislação processual penal é omissa sobre o tema, mesmo no que se refere os Recursos Especiais e Extraordinários individuais²⁷⁹.

De mais a mais, o artigo 927, inciso V, do CPC/2015 preceitua também como precedente vinculante a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estão vinculados.

Quanto a esta previsão, volta-se a atenção ao que escreve Danyelle Galvão²⁸⁰ quando afirma que de todos os incisos legais do mencionado artigo, este é o que demanda maior debate, já que a competência de julgamento do plenário e dos órgãos especiais dos tribunais, na seara criminal, é ampla de acordo com os respectivos Regimentos Internos de cada Tribunal.

Todavia, a previsão de vinculação da orientação proferida em plenário ou por órgão especial dos Tribunais mostra-se relevante pois os órgãos fracionários menores, com

²⁷⁶ Assim como no IAC, a inobservância do precedente ou emprego equivocado ensejará reclamação. A reclamação é um elemento complementar do microsistema de gestão e julgamento dos casos repetitivos. Por opção de direito positivo, sua função no sistema é garantir eficácia e efetividade aos acórdãos proferidos no julgamento de casos repetitivos. 3º O sistema criou mecanismos para lidar com as questões repetitivas e formar uma tese jurídica que deverá ser observada pelos demais órgãos jurisdicionais. A reclamação é um instituto que combate a irresignação dos juízes em relação ao precedente e o erro em sua aplicação. A reclamação complementa a racionalidade, a segurança e a igualdade dos julgamentos dos repetitivos, garantindo a correta aplicação e o cumprimento da tese jurídica fixada. Contudo, nessas hipóteses, exatamente por se relacionar aos casos repetitivos, a reclamação pode tornar-se também repetitiva. Com efeito, há uma tendência de multiplicação de reclamações propostas para controlar a aplicação de precedente, de súmulas vinculantes, de decisões de controle concentrado de constitucionalidade e de acórdãos em julgamento de repetitivos (CPC/2015, art. 988, II e IV).

²⁷⁷ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 192.

²⁷⁸ Ibidem. p. 194.

²⁷⁹ Ibidem. p. 198.

²⁸⁰ Ibidem. p. 207.

competência para analisar, em sede de recurso de apelação criminal, as sentenças proferidas pelo juízo de 1º grau, bem como embargos de declaração e embargos infringentes, de modo que o resultado alcançado poderá reverberar no âmbito daquele tribunal para fins de estabilização de um padrão decisório sobre determinado tema.

A observância do vetor da isonomia, em todos os casos, mostra-se exequível, consolidando, então, uma sistemática precedentalista que consagra a coerência e segurança jurídica, e afasta das produções judiciais a instabilidade jurisprudencial que pode afetar o direito a liberdade dos indivíduos.

4.2 Exame casuístico de decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal em seara penal

A contraposição entre *common law* e *civil law* cedeu lugar à ideia de que estes sistemas constituem dois aspectos vitais de uma mesma e grande tradição jurídica ocidental. Por terem surgido em circunstâncias políticas e culturais diferentes, carregaram consigo tradições jurídicas particulares, caracterizadas por institutos e conceitos próprios.

Essas diferenças, com o passar do tempo, perderam espaço, e um sistema passou a influenciar o outro. Atualmente, diversos institutos oriundos de uma determinada tradição jurídica passaram a integrar a outra. É o que ocorre, por exemplo, com a doutrina do precedente judicial, oriunda do *common law*.

É comum se abordar o tema do valor dos precedentes judiciais para o direito e da obrigatoriedade de que eles sejam respeitados pelos juízes e pelos tribunais como se fosse algo naturalmente identificado com – e exclusivamente com – o *common law*, inerente a ele e indissociável dele²⁸¹, como se fosse uma temática completamente estranha e indiferente aos ordenamentos jurídicos que compõem o *civil law*²⁸².

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos anos vem estreitando relações com essa prática estrangeira. Foi o que ocorreu, por exemplo, no Código Processual Civil o qual, após reformulação entrada em vigor em 2015, apresentou de forma expressa a implantação de um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico pátrio.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 62; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 145.

²⁸² LEAL, Augusto Cesar. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.** Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. p. 137.

Essa migração – agora expressamente reconhecida, objetiva atribuir ao *stare decisis* - isto é, a eficácia vinculante dos precedentes, uma responsabilidade de sustentação da igualdade, coerência do direito e segurança jurídica na produção judicial.

Fabiano Pimentel, em análise ao tema, emite o diagnóstico de que a utilização crescente dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro decorre não apenas das mudanças legislativas, em razão do novo Código Processual Civil, mas, sobretudo, em função do papel desempenhado pelas cortes superiores²⁸³.

Noutra assertiva consideração do autor, de simples desconhecidos, os Tribunais Superiores passaram a ocupar o centro das discussões públicas, pelos mais variados motivos, principalmente no trato das causas criminais²⁸⁴.

Os referidos tribunais ganharam forte influência na sociedade, especialmente em razão da ampla divulgação midiática das suas decisões, de modo que as pessoas, em maior número, passaram a conduzir suas vidas com base nos entendimentos dos juízes enfeixados nas decisões com força vinculante.

Para Juraci Moura²⁸⁵, ao analisar o atual quadro do uso dos precedentes judiciais, descreve que há alguns anos, no Brasil, se verifica um considerável aumento da importância dos mais diversos pronunciamentos jurisdicionais para as atividades jurídicas e para o estudo do Direito e as recentes alterações constitucionais e legislativas corroboram comportamento que já se consolidava na prática de juristas e profissionais forenses de utilizar entendimentos pretorianos prévios (pacificados ou isolados) como principal instrumento de justificação e fundamentação de teses e pretensões.

Nesse passo, o sistema de precedentes mostra-se como uma necessidade de ampliar o espectro de segurança jurídica e tornar justificado e mais previsível o direito. Não obstante, o Poder Judiciário, na justiça criminal, enfrenta grandes dificuldades em compatibilizar, com suas regras, leis e princípios, a conservação da ordem na sociedade com a liberdade individual.

Súmula vinculante, súmula impeditiva de recursos, decisão em recursos repetitivos, jurisprudência dominante, precedentes autorizadores de decisões monocráticas pelo relator de recursos, de sustação da eficácia executiva de título executivo e julgamento liminar pelo juiz de primeiro grau são instrumentos processuais que surgiram nos últimos anos e que redimensionaram o papel dos precedentes.

²⁸³ PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais**. Editora D'plácido. São Paulo, 2020. p. 416.

²⁸⁴ Ibidem. p. 416.

²⁸⁵ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2ª ed, revista e atualizada. Salvador, 2016. p. 23.

Em que pese a existência de tais procedimentos com força para atribuir força vinculante as decisões judiciais, Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁶ toma os precedentes de uma forma obrigatória, independentemente de previsão normativa nesse sentido e do conteúdo do julgado, e como norma geral com capacidades superiores mesmo à lei.

Para ele, relevante é que o precedente obrigatório orienta os cidadãos, pois lhes diz o modo como devem se comportar e lhes dá previsibilidade acerca do resultado dos reclamos jurisdicionais, tendo, nesta dimensão, a característica de norma geral que, além disso, é capaz de oferecer maior segurança que a própria norma legislativa²⁸⁷.

Em contraste a isto, e conforme já asseverado em tópico anterior, está cada vez mais evidente a constatação de que, na mesma medida em que se impõe maior vinculação dos níveis inferiores, se fortalece a compreensão de que as instâncias mais elevadas atuam desprendidas de parâmetros normativos que não sejam julgados por eles mesmos.

Alguns pronunciamentos recentes bem demonstram quão livres os tribunais mais elevados concebem a própria atuação, ao tempo em que cada vez mais transmitem a posição de observância aos seus julgados por parte dos demais órgãos jurisdicionais de hierarquia inferior.

É o que se verifica, por exemplo, no voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no AgReg em ERESP nº 279.889-AL. No bojo do pronunciamento, fora concebido pelo referido ministro que não importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto ele for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumirá a autoridade da jurisdição.

Afirmou ainda que o pensamento daqueles que não são Ministros do Tribunal importará como orientação. A eles, porém, não se submeterá. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decidirá, porém, conforme a própria consciência. E finalizada afirmando que “precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado”.

Conforme ainda destacou Juraci Mourão²⁸⁸, noutra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, deixou transparecer entendimento em que também é possível identificar o alheamento à realidade em prol de cogitações que tomam as questões jurídicas a partir da identificação de elementos metafísicos e solipsistas, acessíveis apenas por uma cogitação intelectual íntima, pura e isolada.

^{286 286} MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 95.

²⁸⁷ Ibidem.

²⁸⁸ Ibidem.

Trata-se do voto do ministro o Paulo Brossard no julgamento da importante ADI 534 sobre o plano Collor. Na oportunidade, declarou que “por entender que se trata de uma questão que não poderá deixar de ser mencionada na história deste STF, refletiu serenamente sobre o caso, como se estivesse longe dos homens e fora do tempo, como se estivesse a contemplar o mar imenso, em eterno movimento, e as montanhas coroadas de neve eternas em sua imobilidade milenar”.

Partindo destas premissas, é possível consignar que os tribunais de cúpula assumem, declaradamente, uma postura decisional ativista ou cognitivamente personalista, de modo que urge estabelecer um padrão decisório final com roupagem precedentalista, pois a divergência acerca de seu teor, além de se alinhar a já evidente ofensa a segurança jurídica ante a pessoalidade atribuída pelo respectivo julgador, ainda poderá ser considerada como um atentado a isonomia caso não seja a mesma utilizada em casos análogos.

É um risco trazer tal afirmação pois pode-se estar propondo a multiplicação de uma ação temerária de um determinado julgador. Contudo, havendo questionamentos acerca da integridade e lisura da decisão, caberá utilizar os existentes e já descritos mecanismos de superação do precedente.

Essa higidez atribuída as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores se justificam sob o rígido dever de deferência, recrudescido pela necessidade de obediência hierárquica. Há, por vezes, a equiparação dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal à força normativa da própria Constituição Federal.

Foi o que ocorreu, por exemplo, quando o STF enquadrou a homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, de relatoria do ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção (MI) 4733, relatado pelo ministro Edson Fachin.

Como arauto acadêmico dessa posição, Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁹, conquanto afirme incorporar os avanços do neoconstitucionalismo, diminui a função das instâncias iniciais na produção do precedente pois em termos de eficácia do sistema e do Poder, não importa se o juiz inferior concorda com a decisão do juiz superior, é apenas essa última que vale e que produzirá efeitos.

Ao se referir à deferência aos tribunais superiores que uniformizam jurisprudência, como o Superior Tribunal de Justiça, leciona o autor ainda que não há racionalidade na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão

²⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 209.

jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal.

Noutras palavras, o juiz de 1º grau não contribui de maneira eficaz para o aperfeiçoamento do sistema jurídico, porque só a decisão superior terá força vinculativa²⁹⁰.

Ao longo de sua obra sobre o tema, Marinoni²⁹¹ é enfático em expressar a obediência aos precedentes em termos de uma reverência hierárquica, o que é estranho, pois as contribuições da jurisprudência dos valores que inspirou o neoconstitucionalismo, em que ele alega se abeberar, não concebeu a atuação jurisdicional com essa bipartição.

A advertência é feita por ser comum na *práxis* brasileira as instâncias iniciais buscarem, espontaneamente, fazer o caso em julgamento se inserirem nos julgamentos dos Tribunais Superiores pois, eventualmente, eles revisarão seu trabalho. Desta feita, deixam de considerar questões relevantes de ordem fática daquele caso que poderiam trazer contornos diferentes daqueles esposados no precedente.

Nessa linha intelectual, imagine-se que o processo seja posteriormente analisado por umas das turmas do STJ que corriqueiramente divergem entre si sobre os aspectos materiais e processuais dos casos. O que ocorrerá?

Tal comportamento é denunciado, no Brasil, por Maurício Ramires²⁹². Em obra específica sobre o tema, indica casos que revelam bem o problema, os quais podem ser sistematizados da seguinte forma: a) abstração do precedente, permitindo sua aplicação a situação posterior essencialmente diversa que fora decidida; b) utilização de um precedente como razão de decidir sem justificar a não opção por outro do mesmo ou de outro tribunal, mesmo superior, em sentido diametralmente oposto; c) variação do entendimento magistrados de graus inferiores com a simples e constante oscilação do entendimento dos tribunais superiores, sem qualquer justificação adicional para essa mudança; d) hiperintegração do sistema jurídico, consistente no ato de desconsiderar dados concretos e determinantes de um caso posterior para permitir a aplicação de um precedente em que tais situações não foram consideradas.

Em tais circunstâncias, as palavras de Juraci Mourão²⁹³ exprimem o tom e a disposição de espírito com que se devem enfrentar os problemas: A adesão aos julgamentos dos tribunais

²⁹⁰ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2ª ed, revista e atualizada. Salvador, 2016. p. 82.

²⁹¹ Ibidem. p. 387.

²⁹² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁹³ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2ª ed, revista e atualizada. Salvador, 2016. p. 85.

superiores só deve ocorrer quando a causa envolver aquilo que é próprio desses julgamentos (questões gerais e padronizadas).

Assim, em havendo notas de individualidade e especificidade, os precedentes devem ser considerados, por certo, mas não podem constranger absolutamente, isto é, não podem impedir a análise das minúcias que a situação emanar e, de igual forma, não devem ser tomados como único fundamento de decisão. Não se pode abrir espaço para o empobrecimento do círculo hermenêutico.

Outro fator importante que fez-se lançar maiores olhares ao instituto precedentalista no país foi a maior facilidade de acesso a eles, seja por meio de repositórios oficiais impressos ou pelo endereço eletrônico dos tribunais. Os mais elevados disponibilizam informativos periódicos sobre os principais casos.

Muito embora abra espaço ao acesso mais aprofundado dos precedentes judiciais, essa nova conjuntura também originou uma espécie de economia hermenêutica, pois os julgados localizados são utilizados como justificações preestabelecidas e pré-aprovadas para julgamentos judiciais ou teses acusatórias e defensivas.

No entanto, o facilitado acesso aos precedentes judiciais significa sua valoração, bem como sua evolução no sistema jurídico e a busca pela uniformidade, publicidade e estabilidade do sistema jurisdicional.

Foi por esta razão que o Plenário do Conselho Nacional de Justiça aprovou, por unanimidade, a criação do Banco Nacional de Precedentes (BNP)²⁹⁴. A aprovação do ato normativo ocorreu em 22 de fevereiro de 2022, durante a 345ª Sessão Ordinária do órgão, e representa um importante passo para reunião e padronização do conteúdo dos precedentes dos tribunais superiores e as estatísticas sobre o tema para tratamento uniforme das demandas judiciais repetitivas ou de massa.

Em que pese a importância desta nova plataforma, atualmente, no Brasil, não há tribunal que deixe de disponibilizar, com maior ou menor qualidade, o acesso aos seus precedentes, ressalvando-se que, no país, há a obrigatoriedade de publicação, assegurando-se, assim, inesgotável fonte de suprimento de bancos de dados.

Deveras, o conhecimento e o uso de julgamentos pretéritos acarretam uma economia argumentativa, pois, como afirmado anteriormente, os precedentes se apresentam como formas preestabelecidas à disposição das partes e dos juízes.

²⁹⁴ Banco de precedentes permitirá acesso a todos os tribunais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/banco-precedentes-permitira-acesso-todos-tribunais>. Acesso em 13 de julho de 2022.

Esse maior acesso, contudo, também ocasiona um comportamento irregular pois a resposta à pesquisa eletrônica se dá pelas ementas, devendo-se buscar acesso diferenciado para se tomar conhecimento do inteiro teor da decisão.

Neste ponto, Juraci Mourão²⁹⁵ discorre que a difusa compreensão do precedente como norma, aplicada por silogismo, toma-se a ementa como a *ratio decidendi*, ou seja, o único elemento vinculante do julgamento, o que é algo absolutamente diferente do que ocorre no *stare decisis*. A economia hermenêutica se traduz em uma pobreza argumentativa.

Para o autor, essa indistinta prática de simplesmente citar ementas causa uma decisão explicada e não justificada: Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação confere à decisão uma falsa aparência de validade.

A atitude do juiz que repete o texto normativo e a ementa do julgado que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicasse de forma alguma o motivo da decisão.

É contundente o ponto fulcral da crítica de Maurício Ramires²⁹⁶: qual o critério de escolha da ementa a ser utilizada como parâmetro de julgamento? Se há uma divergência jurisprudencial, qual escolher? É possível utilizar ementa de uma decisão que foi reformada? A simples variação de posicionamento superior é suficiente para a incondicional mudança de entendimento do magistrado? Uma ementa mais recente revoga uma anterior?

Essas indagações, a propósito, passam ao largo de apresentarem um direcionamento para a identificação do precedente a ser utilizado e a extração da respectiva *ratio decidendi*. Isso porque, quando se fala em jurisprudência, não está se tratando de um precedente ou de súmula. Em razão desta intrínseca diferenciação entre eles, deve-se ter em consideração o grau de consenso jurisdicional que cada um representa.

Parte-se da premissa de que súmula é a mais estável, o que a torna possível se utilizada como fundamento de maior quantidade de atos posteriores. Já a jurisprudência, admite-se ser controvertida, tanto que há incidente para sua uniformização, sendo dada maior relevância apenas quando dominante.

Quanto ao precedente, não se supõe representar consenso justamente por ser decisão única. Apresenta especial relevância na jurisdição constitucional haja vista que a Constituição e a legislação específica emprestam força vinculante às decisões em controle concentrado. Do

²⁹⁵ FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os precedentes judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2ª ed, revista e atualizada. Salvador, 2016. p. 90.

²⁹⁶ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

mesmo modo, as decisões em recursos extraordinários com reconhecida repercussão geral podem reverberar sobre casos similares.

Nesta perspectiva, o precedente é identificado como um julgamento de destaque hermenêutico e que é tomado como referência individual em casos posteriores. Já a jurisprudência é um conjunto de julgamentos em um mesmo sentido, representando a reiteração de uma mesma resposta hermenêutica em várias situações distintas com a mesma questão de direito. Já a súmula é ato administrativo de um tribunal que sintetiza, de forma abstrata, uma linha jurisprudencial.

Dada essa distinção, o uso de cada um é diferente, entretanto, o que aqui se destaca é o próprio precedente no âmbito penal. Para asseverar a utilidade deste sistema em sede de processo penal, será destacado, a seguir, precedentes obrigatórios oriundos dos Tribunais Superiores que nortearam julgamentos em dissensos pretorianos que reverberavam no direito à liberdade dos indivíduos.

Um exemplo é o tema 238 que chegou ao STF para tratar da controvérsia jurídica no sentido de ser ou não possível propor ação penal em caso de descumprimento das condições estabelecidas por ocasião da transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, apreciando um recurso inominado, negou provimento ao apelo decidindo pelo prosseguimento da investigação em caso de descumprimento das condições estabelecidas na transação penal.

Conforme consta do teor do julgado, o referido tribunal decidiu que uma vez não cumprido o acordado, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público para prosseguimento do feito. O recorrente interpôs recurso perante o STF que o submeteu ao regime de Repercussão Geral, sob o fundamento de que a “jurisprudência é velhíssima e há muito assentada”.

Por conseguinte, o ministro relator afastou os argumentos do recorrente afirmando que a sentença de homologação da transação penal não confere a qualidade de coisa julgada aos termos da transação e, assim, “descumpridas as suas cláusulas, retorna-se ao *status quo ante*”, ou seja, deve ser possibilitada ao Ministério Público a “continuidade da persecução penal (situação diversa daquela em que se pretende a conversão automática deste descumprimento em pena privativa de liberdade)”.

A discórdia ocorria pelo fato de que a Lei dos Juizados Especiais Criminais não foi expressa em ditar qual seria o procedimento no caso de descumprimento das condições estabelecidas na transação penal, como fez no caso da suspensão condicional do processo e, assim, permitia aos advogados, promotores de justiça e magistrados as duas vertentes

interpretativas, conforme acima exposto, gerando instabilidade, incerteza e falta de segurança jurídica, e enfraquecendo, conseqüentemente, o sistema.

Com a decisão proferida, amparada pelo sistema de precedentes vinculantes, possibilitou-se a segurança jurídica e a devida observância ao princípio da isonomia, pois a decisão do Supremo Tribunal Federal apresentou a interpretação cuja submissão é obrigatória, não abrindo margem para outras perspectivas, trazendo previsibilidade e certeza ao sistema jurídico penal e processual penal.

Sobre a controvérsia jurídica apresentada acima, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode-se respondê-la objetivamente, sem margem para interpretações diversas, o seguinte: é possível ou não propor ação penal em caso de descumprimento das condições estabelecidas por ocasião da transação penal nos moldes do artigo 76 da Lei n. 9.099/95? A resposta é sim.

Descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Verifica-se, assim, que se obteve uma palavra final sobre a questão jurídica do descumprimento das condições impostas por ocasião da transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

Outro tema que chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), com um pouco de convergência ao instituto acima ventilado (transação penal), foi o 187, que versa sobre os efeitos penais da sentença que homologa a transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/95.

Em análise ao mencionado julgado constata-se que a controvérsia jurídica consistia em aplicar ou não os efeitos da sentença penal condenatória, previstos no artigo 91 do Código Penal brasileiro, na hipótese de sentença homologatória de transação penal.

Desta forma, foi imputada ao recorrente a prática de contravenção penal prevista no artigo 58 do Decreto-lei n. 3.668/41 e apreendida uma motocicleta como instrumento da prática do delito. Presentes os requisitos estatuídos na Lei dos Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público ofertou a transação penal.

As condições foram aceitas pelo recorrente e, na sequência, o acordo despenalizador foi homologado pelo juízo. Cumpridas as condições o magistrado extinguiu a punibilidade e, como efeito secundário, decretou a perda da motocicleta nos termos do artigo 91, II, "a", do Código Penal brasileiro.

Não concordando com a perda da mencionada motocicleta, o beneficiário interpôs apelação ainda no tribunal de origem. A Turma Recursal negou provimento ao recurso sob o

fundamento de que a motocicleta foi obtida por meios ilícitos, ou seja, pela prática de infração penal.

No recurso extraordinário ao STF o recorrente sustentou, dentre outras teses, que “a única sentença condenatória capaz de produzir o confisco de bem como efeito é a condenatória [...] não sendo possível extrair-se essa mesma consequência de um ato transacional”.

O apelo extraordinário aportou na suprema corte por meio de agravo de instrumento que, em seguida, foi reconhecida a existência de repercussão geral, sendo provido o agravo determinando-se a conversão em recurso extraordinário.

O ministro relator afastou os argumentos lançados no acórdão recorrido afirmando que “as consequências jurídicas extrapenais” como “a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, “a”), de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, “b”)” não são efeitos automáticos.

Na oportunidade narrou o ministro relator que mencionados efeitos “só podem ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma condenação penal”. Fundamentou ainda que o decreto de perda sem o devido processo legal é verdadeiro confisco, o que caracteriza “manifesta transgressão às garantias constitucionais dos arts. 5º, LIV, LV, LVII e XXII”.

A decisão proferida pelo STF findou as discussões no pertinente a aplicação correta da lei, pois apresentou a interpretação que deve ser seguida, sem margem para outras interpretações, trazendo certeza e isonomia ao sistema.

A controvérsia jurídica em comento, então, com a decisão com força de precedente vinculativo e obrigatório, pode agora ser respondida objetivamente nos seguintes termos: é possível aplicar os efeitos da sentença penal condenatória, previstos no artigo 91 do Código Penal brasileiro, na hipótese de sentença homologatória de transação penal, benefício previsto no artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais Criminais? Não.

A perda de bens prevista no art. 91 do Código Penal brasileiro é decorrente de sentença penal condenatória o que não ocorre quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), pois a sentença tem natureza meramente homologatória.

Ademais, o tema 933 que trata da “absorção do crime de falsidade documental no cometimento de outro crime”, é merecedor de análise pelo fato de que a celeuma é antiga e continuou mesmo após a publicação de uma súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), já que ainda era presente a diversidade de entendimentos.

Assim, a questão voltou a ser discutida no mencionado tribunal superior sob a vigência do sistema de precedentes.

Conforme ressoa do acórdão, no dia dos fatos o acusado apresentou declaração de bagagem com selo autenticador falso no intuito de internalizar produtos estrangeiros sem o devido pagamento dos tributos. Assim, vislumbrou-se a incidência dos crimes de falsidade de papéis públicos e de descaminho. Na origem (primeiro grau) houve a rejeição da denúncia pelo crime de falsidade de papéis públicos, pois seria meio para o crime de descaminho, mas diante da falta de justa causa para o processamento do crime remanescente, todo o caso foi arquivado.

Foi interposto recurso pelo Ministério Público Federal que, ainda na origem, foi negado sob o fundamento de que não fora constatada lesão suficiente para a proposição de demanda quanto ao crime descaminho.

Fundamentou-se também que “o selo autenticador falso se exaure totalmente no delito de descaminho (crime-fim), cuja tipicidade foi afastada, não há justa causa para apuração do suposto falso (crime-meio)”.

O caso foi submetido ao STJ em sede de Recurso Especial que fora interposto pelo Ministério Público Federal contra o acórdão prolatado pela Justiça Federal do Paraná no qual, por unanimidade, negou seguimento ao recurso em sentido estrito.

Nas razões do recurso, o Ministério Público Federal sustentou, em síntese, que seria “inaplicável o princípio da consunção”, já que no seu entender a falsificação não é crime meio e sim um crime autônomo, sustentando que o falso não é “meio necessário para a prática do delito do art. 334 do Código Penal, este considerado atípico”. Fundamentou o recurso afirmando ainda que “não há falar em absorção de crime mais gravoso por outro menos gravoso”, pois no seu entender a fé pública foi violada

Apresentada as contrarrazões do Recurso Especial o mesmo fora admitido na origem e remetido ao STJ. Diante da temática e da controvérsia reiterada, o recurso foi submetido ao rito dos recursos repetitivos.

O julgado, proferido pelo STJ, corte encarregada pela Constituição Federal de 1988 de “uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil”, sendo de “sua responsabilidade a solução definitiva dos casos civis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem a justiça especializada”, estabeleceu a seguinte tese jurídica: “Quando o falso se exaure no descaminho, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido, como crime-fim, condição que não se altera por ser menor a pena a este cominada”.

A decisão proferida nos termos do sistema de precedentes trouxe segurança e isonomia na aplicação do direito, pois a decisão proferida pelo STJ, em sede de demanda repetitiva, sedimentou a interpretação que deve ser seguida, sem margem de dúvidas.

A controvérsia jurídica, portanto, com a decisão que doravante é um precedente vinculativo e obrigatório, pode ser respondida objetivamente nos seguintes termos: É possível aplicar o princípio da consunção quando o crime meio tem pena mais grave que o crime fim? Sim. A análise não deve ser realizada no quesito punição, mas se “o conteúdo do injusto principal consome o conteúdo do injusto do tipo secundário porque o tipo consumido constitui meio regular (e não necessário) de realização do tipo consumidor”, ou seja, é “irrelevante que a pena em abstrato cominada ao tipo consumido seja superior àquela imposta ao tipo consumidor.

De igual modo foi o julgamento, pelo STJ, do tema 561 quanto a possibilidade de configuração do furto como privilegiado e qualificado, o tema 190 sobre a fixação da pena abaixo do mínimo legal, o tema 916 sobre o momento consumativo do crime de roubo e o tema 918 acerca da caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro.

4.3 A formação da tese jurídica vinculante através do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

No direito brasileiro a necessidade de otimizar a prestação jurisdicional ensejou o advento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Código de Processo Civil de 2015 em seus artigos 976 a 987, dando um tratamento coletivo as lides individuais, pois alcança todas as demandas que se debruçam sobre a mesma controvérsia.

O dispositivo evidencia que o objetivo do novo mecanismo é o de obter decisões iguais para casos (predominantemente) iguais²⁹⁷. É admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e correlato risco da coexistência de decisões conflitantes²⁹⁸.

O novel instituto inspira nos operadores do direito o ideal de resguardo da segurança jurídica, isonomia, eficiência e previsibilidade processuais, bem como de integração institucional diante da política judiciária para julgamento das macrolides²⁹⁹.

²⁹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637.

²⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 227.

²⁹⁹ MARTINS, Humberto. *Musterverfahren: Considerações Sobre sua Dita Influência no Incidente de fluência no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR*. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Panoramas e Perspectivas. Coord. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e José Roberto Mello Porto. Ed. JusPodium. p. 35.

No entanto, a definição da natureza do incidente é tarefa complexa, porque a lei não é clara a respeito de um aspecto essencial para determiná-la.

Nesse tocante, escreve Luiz Guilherme Marinoni³⁰⁰ que o Incidente de Resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é obvio, a decisão proferida no IRDR apenas resolve casos idênticos. Essa é a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.

Daí se pode afirmar, então, com George Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, que o objetivo deste incidente processual é conferir um julgamento coletivo e abstrato sobre as questões unicamente de direito abordadas nas demandas repetitivas, viabilizando a aplicação vinculada da tese jurídica aos respectivos casos concretos³⁰¹.

Sua formação deu-se a partir de uma inspiração no direito estrangeiro, especialmente do direito alemão. Neste cenário, abordar-se-á nas linhas seguintes um estudo breve acerca dos mecanismos de tutela coletiva no ordenamento jurídico da Alemanha como contribuição ao entendimento de seu homólogo brasileiro, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.

Pois bem. Tendo em vista que a população alemã conta com uma administração pública consideravelmente eficiente, o que resulta num nível elevado de satisfação dos pleitos da população ainda no âmbito administrativo e não convirjam em massa ao judiciário, o seu direito interno não conta com uma vasta regulamentação sobre tutela coletiva, contendo esparsas regulações a respeito e volume discreto de leis nesta seara³⁰².

Neste contexto, a partir do ano de 1991, desenvolveu-se naquele ordenamento a sistemática de resolução conjunta de demandas de massa. O conhecido modelo de tutela jurisdicional dos direitos coletivos, o *Verbandsklage*, adotado em boa parte da Europa Continental nas demandas de associações, é caracterizado, em síntese, pela eleição de um sujeito supraindividual (uma associação) que em seu nome postula para defender como direito próprio a tutela de grupos que representem, como, por exemplo, consumidores ou titulares de interesse ao meio ambiente equilibrado.

Continuamente, e ainda no ano de 1991, fora promovida a reforma do Código Administrativo Alemão, de 1960 (*Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO*), incluindo-se a partir

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. Revista TRF1, v. 28, n. 5/6, p. 36-46, mai./jun. 2016, p. 26).

³⁰¹ ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev./2015, p. 222.

³⁰² Ibidem, pág. 36.

do novo advento um mecanismo para tratar das demandas coletivas (§93^a), inicialmente para ser aplicado no âmbito do Tribunal Administrativo e, depois, estendido para o Tribunal Social (§114^a, *Sozialgerechtesgesetz - SGG*)³⁰³.

Já no ano de 2005, o *Musterverfahren* integrou em caráter experimental a Lei do Procedimento-Modelo para investidores em mercado de capitais, a *KapMug (Gesetz zur Einführung von Kapitalanger-Musterverfahrenengesetz)*, de modo temporal e com vigência até o ano de 2010, sendo prorrogada por mais dois anos até o momento em que surgiu nova lei em 2012 com vigência programada até 01 de novembro de 2020, passível de renovação, tendo em vista à necessidade de tratar da questão pontual da *Deutsche Telekom*.

Isto porque fora alegado que a companhia de telecomunicações alemã teria lesado cerca de 17.000 investidores do mercado de capitais, divulgado, entre os anos de 1999 e 2000, informações inverídicas que não correspondiam à real valorização mobiliária da sociedade³⁰⁴. Milhares de investidores que adquiriram ações da companhia foram, na sequência, surpreendidos com a veloz e notória desvalorização desses títulos, o que motivou a propositura de milhares de ações no Tribunal de Frankfurt³⁰⁵.

Desta feita, nas considerações de Humberto Martins³⁰⁶, o *Musterverfahren* é tido como uma modalidade de julgamento de casos repetitivos que segue o sistema do processo-modelo: há uma cisão de competência em que o colegiado fixa a tese para a questão comum a um grupo de casos e devolve o feito ao juiz competente para que este aplique a tese e decida eventuais questões periféricas.

Neste contexto, o *Musterverfahren* possui a função de promover uma tese comum para um número expressivo de demandas coletivas que examinem o mesmo quadro fático e jurídico.

Esse procedimento tratou-se de uma experiência relativamente nova no ordenamento jurídico alemão no qual sempre prevaleceu a busca pela solução de conflitos de modo bilateral, até mesmo por possuir um sistema processual aprimorado, bem como um judiciário reconhecido pela sua celeridade e por não incentivar a judicialização de demandas de massa³⁰⁷.

³⁰³ Ibidem, p. 36.

³⁰⁴ Deutsche Telekom ganha processo histórico contra 17.000 acionistas Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/deutsche-telekom-ganha-processo-historico-contr-17-000-acionistas/>. Acesso em 21 de abril de 2022.

³⁰⁵ Em 2008, a *Sozialgerichtsgesetz* também adota o *Musterverfahren* para os feitos assistenciais e previdenciários, mas de forma mais semelhante àquela utilizada pela Justiça Administrativa. MARTINS, Humberto. *Musterverfahren: Considerações Sobre sua Dita Influência no Incidente de fluência no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR*. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Panoramas e Perspectivas. Coord. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e José Roberto Mello Porto. Ed. JusPodium. p. 36.

³⁰⁶ Ibidem, p. 37.

³⁰⁷ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Ações Coletivas*. Salvador, Juspodium, 2015. p. 320-321.

A busca por métodos e procedimentos capazes de auxiliar o poder judiciário a julgar conflitos massivos de forma célere, segura e isonômica não é apenas uma preocupação do direito alemão.

A legislação infraconstitucional brasileira, por exemplo, sob inspiração da *class action* norte-americana, já havia prevista na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), o cabimento de ações coletivas de responsabilidade por danos morais e patrimoniais em controvérsias sobre danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico³⁰⁸.

Em 1988, a Constituição da República, no artigo 5º, incisos XXI, LXX, “b”, e LXXIII, e artigo 129, inciso III, recepcionou possibilidades de coletivização das demandas transindividuais, objetivando propor um direcionamento para a solução do exercício de ações com sujeitos numerosos ou indeterminados e com objeto indivisível.

Na sequência, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) incluiu os danos a qualquer outro interesse difuso e coletivo; a MP n. 2.180-35/2001 acrescentou os danos à ordem urbanística; a Lei n. 12.529/2011 acresceu os danos por infração da ordem econômica; a Lei n. 12.966/2014 compreendeu os danos à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e a Lei n. 13.004/2014 abrangeu os danos ao patrimônio público e social.

Nesse contexto de adoção de meios processuais de tutela coletiva, o Código Processual Civil de 2015 também demonstrou interesse e preocupação em tratar da matéria, de modo a se alinhar aos seus objetivos sistêmicos, como a celeridade e estabilidade das decisões.

Assim, já na exposição de motivos do CPC/15, verifica-se a influência no então mencionado *Musterverfahren*, pois em sua exposição de motivos o mesmo reconheceu expressamente o instituto alemão como inspiração para a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, a fim de que o judiciário reúna, ainda na instância de primeiro grau, os processos que versem sobre idêntica matéria de direito para que sejam decididos conjuntamente³⁰⁹.

³⁰⁸ Ibidem, p. 37.

³⁰⁹ Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. Disponível em https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em 21 de abril de 2022.

Na concepção de Rodolfo de Camargo Mancuso, o objetivo do CPC ao prever o IRDR foi conter a dispersão excessiva da jurisprudência, otimizar o trabalho dos tribunais, conferir mais isonomia do tratamento dos jurisdicionados e densificar a segurança jurídica³¹⁰.

Registre-se que além da inspiração no *Musterverfahren*, o processo civil somou, sobretudo, sua experiência obtida com a utilização dos incidentes previstos nos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973 no julgamento de recursos extraordinário e especial³¹¹.

Mencione-se ainda, por oportuno, que a composição do procedimento do IRDR no CPC/15 partiu também de outras experiências do direito comparado, especialmente das *Class Actions* do direito norte-americano, dos *Group Litigation Orders* do direito inglês³¹².

Esse panorama revela novamente que o legislador brasileiro vem ao longo das décadas buscando introduzir no ordenamento jurídico instrumentos processuais que permitam o julgamento em bloco de processos repetitivos a partir de decisões modelo provenientes da análise de causas-piloto.

A título exemplificativo, cite-se alguns institutos cujo objetivo processual assim se assemelham, qual sejam: a repercussão geral no recurso extraordinário, o recurso repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a suspensão de liminar para conter grave lesão à ordem, a saúde, à segurança e à economia públicas, o pedido de uniformização da interpretação da lei federal nos Juizados Especiais da Fazenda Pública na esfera dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios³¹³.

Há, contudo, pontos divergentes entre o instituto brasileiro e o alemão. Isto porque em que pese a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 se refira expressamente a influência do *Musterverfahren* no IRDR, o instituto brasileiro tem ampla aplicação sobre as disciplinas existentes no direito nacional, sejam de direito material ou processual, enquanto o *Musterverfahren* é, até o presente momento, específico para as demandas relativas ao mercado imobiliário e, de forma mais especializada, também aplicável ao direito administrativo e previdenciário-assistencial.

Noutra perspectiva, o Código Processual Civil de 2015, em seu artigo 976, permite a aplicação da tese em processos com controvérsia sobre idêntico ponto e unicamente de direito,

³¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016. p. 227.

³¹¹ *Ibidem*, p. 38.

³¹² CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego no Direito?** ISBN 978-85-8440-862-7. p. 104.

³¹³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Ibidem*, p. 326.

conforme verifica-se no inciso I, ou quando houver risco de ofensa a isonomia e a ordem jurídica, nos termos do inciso II.

O *Musterverfahren*, por sua vez, permite sua utilização para tratamento de questões repetitivas fáticas ou jurídicas.

Outro ponto a ser observado é que o IRDR não possui disposição quanto a possibilidade do jurisdicionado optar pelo julgamento de sua causa de forma individual, isto é, sem vinculação ao resultado alcançado através do incidente.

Essa opção, entretanto, encontra-se disponível no direito alemão perante a *KapMug*³¹⁴, através do sistema *opt-out*³¹⁵. O Direito de *opt-out* consiste na possibilidade de uma pessoa escolher ficar de fora do alcance da coisa julgada na ação coletiva. Quando a ação é acolhida como *class action*, haverá a notificação (*fair notice*) dos interessados para que estes tomem ciência da existência da demanda coletiva e, caso não se manifestem expressamente a opção de não serem alcançados pela decisão, que fará coisa julgada, estarão aceitando tacitamente seus efeitos, numa postura *opt-in*.

Além disto, a *KapMug* permite que as partes representativas formalizem um acordo, de forma que os termos ali decididos atinjam todos os processos. Nesse passo, permite-se que a parte discordante do ajuste opte por não aderir ao acordo (*opt-out*)³¹⁶.

Em que pese, então, a declarada inspiração alemã do IRDR, em certos aspectos ele se aproxima de outros modelos, em especial porque não há acordo sobre a natureza e extensão da cisão cognitiva. Nessa perspectiva, a existência de certa combinação dos aspectos do *musterverfahren* com a influência dos precedentes do sistema *common law* e o incremento extraído de outros instrumentos da própria legislação brasileira faz do IRDR um procedimento essencialmente brasileiro³¹⁷.

³¹⁴ Além da previsão legislativa do cabimento do *Musterverfahren* no âmbito da justiça e da Justiça Previdenciária e Social, a nova Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os investidores em Mercado de Capitais (*KapMug*) também permite a utilização de um incidente processual coletivo para resolução dos conflitos de massa.

³¹⁵ CAVALCANTI, Marco. *Ibidem*, p. 24. No mesmo sentido: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017, p. 50.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

³¹⁷ “No direito estrangeiro há duas espécies de tratamento procedimental para a solução de processos repetitivos. O primeiro se vale de causas-piloto (processos testes), por meio do qual o próprio processo é julgado no caso concreto e a tese fixada nesse julgamento é aplicada aos demais processos com a mesma matéria jurídica. O sistema é adotado na Inglaterra, por meio do *Group Litigation Order*, e na Áustria, por meio do *Pilotverfahren*, tendo seu espírito sido incorporado nos julgamentos dos recursos especial e extraordinário repetitivos em nosso sistema. No segundo sistema tem-se o chamado procedimento-modelo, como o *Musterverfahren* alemão, pelo qual há uma cisão cognitiva e decisória, de forma a ser criado um incidente pelo qual se fixa a tese jurídica a ser aplicada em todos os processos repetitivos, inclusive aquele em relação ao qual o incidente foi suscitado. Entendo que o IRDR é um sistema inovador, já que não adotou plenamente nenhum dos sistemas conhecidos no direito estrangeiro. Julgará o recurso ou a ação e fixará a tese jurídica. Parecer ser o sistema causa-piloto, mas não é, porque exige a formação de um incidente processual, não sendo, portanto, a tese fixada na causa-piloto; e não é um procedimento modelo porque o processo ou recurso do qual foi instaurado o IRDR é julgado pelo próprio órgão competente para o julgamento do incidente. Um sistema, portanto, brasileiríssimo”. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. Ed, Salvador: JusPodium, 2016, p. 1415-1416).

A configuração aqui delineada insere uma dúvida acerca da classificação do IRDR, inclusive compartilhada por Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer³¹⁸: será ele um procedimento-modelo ou uma causa-piloto?

Para Sofia Temer, diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa a tese jurídica, sem resolver a lide subjacente contida na ação originária. Permeia tal discussão a referência aos modelos da causa-piloto e do procedimento-modelo, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou sua cisão, respectivamente³¹⁹.

Conforme ressaltado por Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer, não se trata de uma questão puramente acadêmica, a definição dessa controvérsia impactará a interpretação das normas e a aplicação de vários aspectos do instituto³²⁰.

Outra discussão de caráter mais prático decorre da indagação acima proposta: afinal, a instauração e o julgamento do IRDR dependem que haja causa, recurso ou remessa necessária pendente no tribunal?

Apesar de a discussão em torno do IRDR apresentar peculiaridades em relação aos modelos citados do direito comparado, o que decorre de elementos próprios do nosso instituto e de nosso sistema processual, é possível agrupar os entendimentos doutrinários apresentados até o momento em duas linhas principais, que se aproximam cada qual a um daqueles modelos.

De um lado, há autores afirmando que o incidente se destina também ao julgamento do caso concreto a partir do qual foi instaurado. Segundo esta linha, além de dirimir a controvérsia quanto à questão de direito, haveria, no incidente, a resolução do conflito subjetivo, caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória. Esta parcela da doutrina emprega o termo ‘causa-piloto’ para se referir ao incidente.

De outro, afirma-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas fixa a tese sobre a questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação da tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto, assumindo o incidente uma feição objetiva. Alguns destes autores empregam a nomenclatura ‘procedimento-modelo’ para se referirem à natureza do IRDR.

³¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.147-1.418.

³¹⁹ TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Conforme Novo CPC. Editora Juspodium. Salvador, 2016. p. 66.

³²⁰ CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.418.

Trata-se, na essência, de um verdadeiro processo objetivo autônomo de caráter coletivo inspirado no modelo das chamadas ações de grupo do direito comparado, que estabelece uma técnica de julgamento para definição em bloco da tese jurídica discutida em várias demandas repetitivas³²¹.

A presente pesquisa acadêmica, por sua vez, filia-se a posição emanada por Sofia Temer³²² no sentido de que o incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve a questão de direito, fixando a tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto nos casos que serviram como substrato para a formação do incidente, como nos demais casos pendentes e futuros.

Entende-se, desta forma, que no incidente não haverá julgamento de causa-piloto, mas que será formado um procedimento-modelo, ou, nas palavras de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, haverá a elaboração de uma decisão-quadro de uma tese jurídica aplicada as questões de direito comuns que dão origem a multiplicidade de demandas idênticas³²³.

Esse posicionamento é oriundo, especialmente, dos seguintes fundamentos: a) no IRDR apenas há a resolução de questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da demanda originária; b) a desistência do que seria a “causa-piloto” não impede o prosseguimento do incidente, que tramita independentemente de um conflito subjetivo subjacente, corroborando seu caráter objetivo; c) a natureza objetiva parece ser mais adequada, em termos da sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão, além de viabilizar a construção de outras categorias que permitam justificar a ampliação do debate e da participação dos sujeitos processuais³²⁴.

No incidente, não são apurados se e como ocorreram determinados fatos específicos, mas o tribunal apenas se ocupará de definir a compreensão dos textos normativos, considerando, para tanto, uma categoria fática pressuposta.

Isto quer dizer que apesar de o incidente se destinar a solucionar questões de direito repetitivas, a fixação de teses jurídicas não parte de absoluta descon sideração de circunstâncias fáticas. Aliás, isso sequer seria possível, considerando a necessária interligação entre fato e norma para compreensão do fenômeno jurídico. No IRDR, a resolução das questões de direito

³²¹ MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo**. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.p. 89.

³²² Ibidem. p. 68.

³²³ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 37, n. 211, p. 191-208, set./2012, p. 206.

³²⁴ Neste sentido corrobora Sofia Temer. p. 69.

não será realizada a partir de uma completa abstração da realidade, até porque não há teses sem fatos.

Os fatos, porque essenciais para análise da questão de direito, estarão presentes na resolução da controvérsia, mas não como fatos efetivamente ocorridos em uma situação concreta (até porque o tribunal não julgará nenhuma ‘causa’), e sim como fatos pressupostos, projetados, generalizados.

Com efeito, pensamos que na atividade de cognição e resolução da controvérsia de direito, o tribunal adotará uma situação fática padrão para decidir sobre o texto do qual se extrai a norma, seu sentido e alcance.

Neste ponto, Sofia Temer afirma que para a resolução da questão jurídica comum deverá ocorrer a abstração em relação aos casos concretos, e será formada, no incidente, uma situação fática padrão. Para tanto, parece ser possível defender que o tribunal deverá identificar um fato-tipo (ou um conjunto de fatos-tipo) para resolver a questão de direito repetitiva³²⁵.

O fato-tipo será descrito pelo tribunal a partir dos processos que tenham servido como substrato para instauração do incidente e, também por isso, é importante que haja a seleção dos melhores processos para que, a partir deles, seja instaurado o IRDR.

É uma atividade que envolve, ao mesmo tempo, abstração e concretude, porque o tribunal partirá de situações fáticas concretas, que se apresentam nos casos repetitivos e que são observadas, em geral, na realidade, abstraindo delas os elementos que lhes sejam homogêneos e importantes para a questão analisada, e descreverá, então, uma situação fática-tipo, que será vislumbrada como modelo fático para posterior aplicação da tese.

Guilherme Braz aduz que o julgamento proferido no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é realizado em tese, ou seja, descolado da demanda que lhe deu origem. Aquela determinada questão de direito que constitui seu objetivo e, insista-se, os fatos que estão a ela umbilicalmente relacionados, é decidida de maneira objetiva, não se atendo apenas ao feito no qual foi instaurado.

De todo modo, é válido destacar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não dá origem a um novo processo. Não se está diante, portanto, de uma ação incidental, que tenha o condão de ampliar o objeto da cognição do juiz. E, tampouco, de uma ação impugnativa autônoma, como ocorre no caso da ação rescisória.

³²⁵ Ibidem. p. 73.

Trata-se então de um incidente processual, suscitado no curso da demanda, e que será julgado em apartado, de modo que o precedente nele formado – com efeitos expansivos – seja aplicado a outros casos similares.

Entretanto, há aqui um incidente *sui generis* com autonomia processual, e isso se evidencia, principalmente, no seu julgamento.

Diz-se isso pois o órgão competente do tribunal local proferirá acórdão, definindo a tese jurídica a ser aplicada de forma vinculante aos processos repetitivos já ajuizados e aos futuros, podendo ser atacado autonomamente por recurso especial e extraordinário, nos termos do art. 987 do novo CPC.

Desta forma, presume-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida, além da possibilidade de extensão dos efeitos do julgamento para todos os processos individuais e coletivos em tramitação no território nacional que versarem sobre idêntica questão de direito.

Ora, se o IRDR fosse, de fato, um mero incidente processual, dependente do processo modelo do qual se instaurou, não poderia irradiar efeitos vinculantes para outros processos ainda em tramitação na primeira instância, inclusive em âmbito nacional³²⁶.

4.3.1 Funcionalidade sistêmica: promoção da igualdade e segurança jurídica na função judicial

Nos dizeres de Artur César de Souza³²⁷, a sociedade não se satisfaz mais com o conflito de decisões diante da mesma questão jurídica, pois o favorecimento de uns em prejuízo de outros demonstra a inconsistência das decisões judiciais e a falta de senso de justiça.

É dentro desse contexto que, a pretexto da busca da isonomia processual e da previsibilidade decisória, o IRDR visa agilizar a uniformização da interpretação jurisprudencial, definindo teses sobre questões jurídicas comuns a diversos processos repetitivos.

Dissertando sobre o tema, Sofia Temer assevera que os pilares do incidente - que justificam sua existência e, ao mesmo tempo, norteiam sua aplicação - são: a isonomia, que determina o tratamento e solução uniforme às mesmas questões; a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais; e a celeridade, através da prestação jurisdicional em tempo razoável³²⁸.

³²⁶ No mesmo sentido discorre Daniel Carneiro Machado. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo**. Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.p. 89.

³²⁷ SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 125.

³²⁸ Ibidem. p. 39.

Ao conferir tratamento isonômico às demandas repetitivas, firmando a mesma tese jurídica para todas elas, o Poder Judiciário estaria garantindo e preservando direitos constitucionalmente assegurados aos jurisdicionados.

O ideário de tratamento isonômico às demandas seriais e recursos repetitivos vem enfatizado no Código Processual Civil de 2015 ao estabelecer que os tribunais possuem o dever dos Tribunais de todo o país de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, consoante disposto no *caput* do artigo 926.

Verifica-se ainda a atribuição dada pelo CPC/15 para edição de enunciados de súmulas correspondentes a sua jurisprudência dominante (§1º, art. 926).

Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso³²⁹ advoga que o referido código processual reafirma as tendências à valorização da jurisprudência e às decisões monocráticas do Relator, a este sendo permitido decidir pelo provimento ou desprovimento de recurso segundo sua compatibilidade ou não com súmula do STF ou do STJ, ou ainda em face de outros elementos jurisprudenciais de eficácia expandida, dentre eles o entendimento firmado em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 932, IV, alínea c e inciso V, alínea c).

Todo esse panorama procedimental sustenta-se na firme ideia de enfrentar o cenário disfuncional revelado pela dispersão jurisprudencial excessiva ecoada na experiência brasileira, o que frustra o jurisdicionado pois impossibilita ao mesmo fazer um prognóstico razoavelmente confiável no tocante às chances de sua pretensão, caso tutelada pelo Estado através do Poder Judiciário.

Neste ponto, a Exposição de Motivos do CPC/15 advertiu em seu artigo 1º que “(...) haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”.

Na síntese de Rodolfo de Camargo Mancuso, o IRDR, advindo com o novo CPC, se insere na tendencial eficácia expansiva da jurisprudência que assim se projeta em modo *panprocessual* e até *extraprocessual*, na medida em que o acórdão contendo a tese jurídica projetará notável irradiação (art. 985, incisos e parágrafos)³³⁰.

³²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 87.

³³⁰ *Ibidem*. p. 87.

O sobredito mecanismo processual evidencia o propósito de assegurar tratamento igualitário às demandas isomórficas, como se colhe dos pressupostos cumulativos para sua instauração, previstos no artigo 976: “I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Desta feita, assevere-se que o IRDR tem potencial para concretizar a isonomia entre os jurisdicionados através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação³³¹.

A prestação jurisdicional dispare a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia³³².

Com efeito, há inúmeros fundamentos para o desenvolvimento de técnicas processuais diferenciadas, inclusive no que se refere ao espraiamento dos efeitos extraprocessuais e extrajurídicos da atividade jurisdicional.

Rafael Sirangelo de Abreu³³³, ao examinar a igualdade no processo, salienta que o princípio não abrange apenas o tratamento dado às partes no interior do processo, mas também exige que os resultados produzidos pelo processo devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações.

O supramencionado autor sistematizou o ideal de igualdade pelo processo em três grandes grupos: (i) reunião de causas para julgamento conjunto de questões; (ii) técnica processual de vinculação de certa resposta jurisdicional a uma questão a casos futuros ou em andamento; (iii) igualdade pelo respeito ao precedente judicial³³⁴.

O princípio da isonomia, por sua vez, encontra-se intimamente ligado com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica³³⁵. Ao fixar uma tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

³³¹ Arenhart, citado por Sofia Temer, destaca como função da tutela coletiva de direitos individuais "o tratamento uniforme de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa. Aqui, a função principal desempenhada por essa tutela coletiva é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, conseqüentemente, a preservação da isonomia" (ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133. In: TEMER, Sofia, **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Conforme Novo CPC. Editora Juspodium. Salvador, 2016. p. 39.

³³² NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

³³³ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 217.

³³⁴ *Ibidem*, p. 238.

³³⁵ *Ibidem*, p. 40.

Para Leonardo José Carneiro da Cunha³³⁶, a segurança jurídica pode ser encarada como: a) manutenção do ‘*status quo*’, sem possibilidade de alterar situação já consolidada; b) garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

Na acepção corrente, a certeza consiste na previsibilidade das consequências jurídicas das ações humanas. Os homens têm a necessidade de saber como serão qualificadas objetivamente suas ações e o resultado delas³³⁷.

É notório que ao Judiciário não se destina, como função primordial, o poder de inovar, no ordenamento jurídico brasileiro, sendo esta uma tarefa inata, embora não exclusiva, do legislativo. A interpretação vacilante da lei ou de ato normativo conduz, então, a uma situação deslegitimadora do direito.

Destarte, a jurisprudência deve manter-se o mais visivelmente estável, pois o regular e constante entendimento dos tribunais acerca das normas jurídicas é o grande ponto de apoio do ordenamento jurídico, que pressupõe a segurança das relações, necessárias a paz social³³⁸.

Como discerniu Alfredo Buzaid, o dissídio é um mal que precisa ser reparado, porque havendo na apreciação da mesma norma legal duas interpretações contraditórias, se uma é verdadeira, a outra por certo não o é³³⁹.

Não se discute que seja compreensível que as normas se prestem a divergências interpretativas, já que, como destacou Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴⁰, podem ser examinadas sob vários aspectos: a extensão de seu conteúdo, a interpretação gramatical, vigência temporal e espacial, ou ainda, a sua eficácia real ou social.

Assim, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais³⁴¹.

Não obstante, a técnica processual diferenciada apenas se legitimará na medida em que concretizar tais valores, o que deverá nortear o desenvolvimento de sua estrutura e aplicação. O IRDR, para além de objetivar a promoção da segurança jurídica e da isonomia nos processos, deve ser pensado e construído para viabilizar a concretização de tais direitos³⁴².

³³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 179, jan. 2010, p.138.

³³⁷ SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

³³⁸ OLIVEIRA, Thais Hirata de. **Mecanismos Processuais de Gestão das Demandas Repetitivas pelo Poder Judiciário**. p. 118.

³³⁹ Tribunais de Alçada – anais do VI Encontro, Belo Horizonte, 1983. p. 40.

³⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. volume 2. tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 578 p.

³⁴² *Ibidem*, pág. 41.

Outrossim, pontue-se ainda que o IRDR permite que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita-se, assim, que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão.

Nesse contexto, se o propósito do incidente é proteger a segurança jurídica e a isonomia, conferindo previsibilidade e uniformidade à interpretação da questão de direito, mostra-se condizente com a Constituição a interpretação de que o seu cabimento deve sempre pressupor a existência de sentenças já proferidas ou pelo menos de decisões interlocutórias divergentes.

Não se pode admitir o risco de violação à isonomia e à segurança jurídica pela simples existência de uma multiplicidade de demandas repetitivas. Deve existir o antagonismo jurisprudencial para se demonstrar o tratamento diferenciado em relação a uma mesma questão de direito.

Com efeito, se o posicionamento doutrinário sobre a interpretação de determinada norma jurídica e se as decisões provisórias ou definitivas até então proferidas pelo Poder Judiciário forem no mesmo sentido, não haveria risco à isonomia e à segurança jurídica – pressuposto essencial para o cabimento do incidente, sob pena de precipitação e engessamento do debate processual.

Embora tal exigência não tenha sido admitida no Congresso Nacional quando da aprovação da novel legislação, a interpretação teleológica ora apresentada é a mais coerente com as garantias fundamentais do processo já que impede a instauração prematura do IRDR antes que efetivamente existam posicionamentos antagônicos sobre a questão jurídica isomórfica, favorecendo o debate processual para que a tese jurídica somente seja firmada através do incidente a partir do surgimento de ampla divergência. Ou seja, é necessário existir controvérsia jurisprudencial preexistente ao incidente.

Conforme diagnosticado por Humberto Theodoro Jr.³⁴³, a lei não exige o estabelecimento do caos interpretativo entre milhares de demandas repetitivas. Basta apenas que exista repetição de processos em número razoável para que, diante da disparidade de entendimentos entre juízos diferentes, fique caracterizado o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Em conclusão, para se configurar o referido pressuposto de admissibilidade, é imperiosa a necessidade da existência de vários processos e de decisões díspares acerca da interpretação

³⁴³ THEODORO JR., Humberto. OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015)**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 738.

da mesma norma jurídica. Caso contrário, sem a existência das decisões ou sentenças antagônicas, seria admitida a produção de jurisprudência vinculante.

4.4 A inobservância da isonomia na produção judicial do atual cenário brasileiro: casos penais emblemáticos

Consoante já consignado em tópico anterior, o direito brasileiro adota um sistema jurídico híbrido pois, apesar de possuir forte raiz no sistema romano-germânico, importou aspectos do *common law*, como a supremacia constitucional, a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade e a força vinculante dos precedentes judiciais (*stare decisis*).

Quanto a este último aspecto, entretanto, os tribunais pátrios não têm dispensado a observância e cumprimento esperados, semeando insegurança jurídica, tratamento desigual dos jurisdicionados, demora na solução das lides e, ainda, a perda da credibilidade social do Poder Judiciário.

Neste ponto, adverte Damares Medina³⁴⁴ sobre a necessidade de se alcançar a estabilidade das relações entre a perenidade da jurisprudência e a sua adaptação às mudanças meta-jurídicas. Para a autora, o elemento central de uma suposta cultura de precedentes é o coeficiente de estabilidade das decisões, em especial da Suprema Corte de um país.

Em verdade, a decisão de um Tribunal Superior ou mesmos dos juízos *a quo* devem buscar o alcance máximo das seguintes características: ser uniforme (una), íntegra (observância da cadeia histórica do instituto ou da matéria na seara jurisprudencial), estável (se mantenha por período razoável de tempo) e coerente (seja alvo de prestígio por parte dos membros da própria corte e dos julgadores a ela hierarquicamente subordinados).

Seguinte esta linha de intelecção, no judiciário brasileiro, a uniformização de entendimentos pelos ministros dos Tribunais Superiores em casos de difícil resolução ou que envolva matéria que atinja grande número de jurisdicionados, tem-se tornado difícil alcançar os atributos acima especificados.

Isto porque os julgadores decidem individualmente e apresentam motivações variadas sob o prisma do livre convencimento motivado. As decisões divergentes impedem a elaboração

³⁴⁴ MEDINA, Damares. **Instabilidade jurisprudencial no STF dificulta cultura de precedentes**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-28/damares-medina-instabilidade-decisoes-stf-gera-inseguranca>. Acesso em 28 de junho de 2022.

de uma *ratio decidendi* a ser utilizada na fundamentação de casos futuros sobre o mesmo assunto.

Esse contexto oferece duas circunstâncias a serem refletidas: a primeira refere-se as situações em que os magistrados promovem soluções às lides conforme suas convicções e tão somente após a formação de seu convencimento buscam a respectiva motivação no ordenamento jurídico vigente.

A segunda ocorre quando os magistrados decidem mesmo antes de examinar como a matéria submetida a sua apreciação vem sendo enfrentada no próprio juízo ou mesmo em outros Tribunais, ou, embora analisem como a jurisprudência se comporta frente aquele tema, não a consideram, formando, *per si*, a convicção que entender como ideal e correta.

Essas atividades conseqüentemente trazem riscos à segurança jurídica, à igualdade e à razoável duração do processo, e, por conseqüência, à própria função jurisdicional.

Não é preciso lembrar que a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico. Diz o art. 5.º, caput, da CF que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza ...".

Como é sabido, o tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem fatores que justificam e impõem o tratamento desigual. Porém, são rechaçadas possíveis discriminações gratuitas, não fundadas em elementos ou critérios capazes de lógica e substancialmente impor um tratamento desigual.

Ao invés de falar em construção judicial, seria preferível referir-se à isonomia como elemento essencial do processo de aplicação da lei, pois embora devam ser admitidas críticas ao silogismo judicial mecanicista, isso não leva a rejeitar a função da jurisprudência na aplicação do Direito, mas apenas para conciliar a primazia da segurança jurídica com a da justiça, na qual a isonomia consiste plenamente.

O primado da Justiça é o dever ser ideal, além da lei, algo superior que não se contém na norma escrita e a que o juiz deve procurar aproximar-se. A igualdade consiste em conciliar o primado da Segurança jurídica com o primado da Justiça.

À Jurisprudência, e sobretudo aos órgãos judicantes, compete trazer à luz os princípios que estão expressos na lei e aplicá-los aos casos que não há menção legal expressa. A isonomia deve presidir à individualização da norma jurídica.

Seguindo este passo, na dialética entre o legislador e o julgador, entre a lei e a sentença, a isonomia pode se constituir em elemento determinante da certeza do direito.

Além disso, ainda é possível constatar ofensa ao dever de imparcialidade. Nesse tocante, escreve Luiz Guilherme Marinoni³⁴⁵ que a justificção de determinada interpretaç3o ou soluç3o de quest3o jur3dica, caso n3o precise levar em conta o que j3a foi decidido, pouco significa em termos de garantia de imparcialidade.

Para o autor, se um juiz, C3mara ou Turma podem decidir casos iguais de forma diferente ou atribuir significados diferentes a uma mesma norma, 3e evidente que n3o h3a como garantir a imparcialidade.

Ora, ao viabilizar a possibilidade de prolaç3o de decis3es d3spares em casos iguais, o sistema estimula o arb3trio e a instabilidade. Se ao julgar 3e facultada a atividade de atribuir significados diferentes perante uma mesma norma ele estar3 livre para decidir como entender pertinente, podendo alcanç3ar um alto est3gio de parcialidade, bastando, para tanto, justificar as suas opç3es arbitr3rias.

Por3m, quando est3 sujeito ao que j3a fora decidido, o juiz n3o pode, ainda que deseje, ser parcial ou arbitr3rio, sendo defeso julgar casos iguais segundo o rosto das partes³⁴⁶.

Ao tratar deste tema, Karla Fernandez Gomes³⁴⁷ descreve que atrav3s da an3lise da atividade jurisdicional brasileira 3e poss3vel atestar a n3o efetividade da observ3ncia dos precedentes judiciais em raz3o da n3o observ3ncia da doutrina do *stare decisis*.

Conforme afirma a autora, um ordenamento que n3o consegue definir quest3es jur3dicas, sendo exaradas decis3es, cotidianamente, destoantes para casos parecidos ou id3nticos, na verdade sequer consegue transmitir para os jurisdicionados a certeza e o conhecimento de seus direitos, perdendo a legitimidade para sua pr3pria funç3o, que 3 a distribuiç3o da justiç3a e a pacificaç3o social³⁴⁸.

No mesmo sentido, Danyelle Galv3o³⁴⁹ afirma que a an3lise da atuaç3o dos Tribunais Superiores demonstra a mudanç3a brusca de posicionamentos j3a consagrados, sem que tenha havido debate amplo ou mesmo indicaç3o pelo tribunal de que havia tend3ncia para mudanç3a ou que ela ocorreria em um curto espaç3o de tempo.

Note-se a gravidade desta situaç3o quando se tem consci3ncia de que o direito depende tamb3m do judici3rio e de que o Estado de Direito exige uma produç3o jur3dica coerente.

Como adverte Neil MacCormick³⁵⁰, num estado moderno, com muitos ju3zes, muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluç3es devem orientar a

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigat3rios**. Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. p. 130.

³⁴⁶ Neste sentido, leciona Luiz Guilherme Marinoni. **Precedentes Obrigat3rios**. p. 130.

³⁴⁷ GOMES, Karla Fernandez. **Os precedentes judiciais no Brasil e os princ3pios constitucionais da seguranç3a jur3dica, da razo3vel duraç3o do processo e da igualdade**. RJurFA7, Fortaleza, v. XI, n. 1, p. 47-59, abr. 2014.

³⁴⁸ *Ibidem*. p. 57.

³⁴⁹ GALV3O, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. S3o Paulo, 2022. p. 118.

³⁵⁰ MacCormick, Neil. **Rethoric and the nile of law**. cit., 178.

decisão independente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro.

Nessa linha, Earl Maltz³⁵¹, em ensaio publicado na *North Carolina Law Review*, pontua que um dos valores mais importante do sistema político americano é o de que os princípios que orientam a sociedade devem constituir regras de Direito e não simples opiniões de alguns homens que, temporariamente, ocupam relevantes cargos no Poder.

Como excerto relevante neste sentido, vale citar a observação feita por Lucas Carezzato Ayres³⁵² no sentido de que o permanente clima de instabilidade vem afetando toda a sociedade na medida em que mudanças drásticas de posicionamento se impõem em todas as esferas sociais.

Complementa o autor que como se trata de poder independente, mas jamais alheio, o Judiciário vem se apresentando com decisões de preocupante e inédito combate às positivamente legislativas, tornando-se também protagonista nas epifanias posturais que afetam nosso país.

A discussão é relevante pois reflete a ausência de sólidos posicionamentos e mesmo de coerência nos tribunais superiores. Atualmente, é possível deparar-se com constantes mudanças jurisprudenciais, muitas vezes dentro de uma mesma corte, traduzindo insegurança jurídica e imprevisibilidade que afetam não somente o deslinde processual, mas o prefalado princípio da isonomia, o qual é constituído, inclusive neste debate, como um legítimo direito humano.

É este o caso do acórdão exarado pela 6ª turma do STJ, no AgRG no RHC nº 162.593 MG, em 17/05/2022, que considerou 252g de cocaína, 43,702g de crack e 32,10g de maconha como uma quantidade de drogas não relevantes para fins de caracterização de tráfico.

Entretanto, em sentido diversos, e aproximadamente 10 dias depois ao julgado acima mencionado, mais especificamente no dia 30/05/2022, a 5ª turma do mesmo tribunal decidiu que 121g de cocaína, 35g de crack e 331g de maconha é uma significativa quantidade para caracterizar o crime de tráfico. Tal entendimento foi proferido no Edcl no AgRg no RHC nº 163.279/RS.

Noutra análise de matéria jurídica, desta vez tramitada tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto Supremo Tribunal Federal, restou evidenciada uma significativa dispersão e instabilidade decisória.

³⁵¹ "One of the most widely shared values in the American political system is that principles governing society should be 'rules of law and not merely the opinion of a small group of men who temporarily occupy high office'". MALTZ, Earl. **The nature of precedent**. North Carolina Law Review, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988, p. 371.

³⁵² AYRES, Lucas Carezzato. **Em tempos de instabilidade, Justiça tem papel crucial na credibilidade do país**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-21/lucas-ayres-seguranca-juridica-tempos-instabilidade>. Acesso em 09 de junho de 2022.

Há um dissenso pretoriano entre os referidos tribunais superiores sobre a autorização do ingresso em domicílio, sem ordem judicial, fundamentada na posse de drogas pelo agente para fins de tráfico.

A 1ª turma do STF, em 30/05/2020, através do AgRg no RHC nº213852, e a 5ª turma do STJ, em 24/05/2022, por meio do AgRg no RHC nº164.149/SP, entenderam que a posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido o estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado.

Contrariando este entendimento já pacificado entre as turmas acima descritas, a 6ª turma do STJ, em 05/04/2022, no bojo do HC nº713.251/RS, julgou que nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância se protraí no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está diante de uma situação de flagrância.

Outro paradoxo notabilizado por intermédio das decisões proferidas pelas turmas do STJ acerca da mesma matéria refere-se a fundada suspeita que gera a desnecessidade de mandado judicial para fins de busca e apreensão.

Enquanto a 5ª turma do STJ, ao prolatar decisão no AgRg nos EDcl no AREsp nº 2.084.715/SP, em 17/05/2022, dispôs que existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a entrada, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão. No caso em questão, fora destacado que antes do ingresso dos guardas municipais na residência foram encontrados com o acusado 80 porções de cocaína.

Em contramão a este entendimento, a 6ª turma do STJ, em julgamento do AgRg no RHC nº 162.394/DF, no mesmo dia em que fora proferida a decisão acima destacada, isto é, em 17/05/2022, deliberou que “ao chegar no local, os agentes públicos surpreenderam o recorrente na posse de entorpecentes, entretanto, não constitui justa causa para incursão no domicílio do suspeito, pois não restou caracterizada situação de urgência que impediria obtenção de mandado judicial, nem se provou a voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência”.

Noutro debate que originou uma dispersão jurisprudencial entre o Supremo Tribunal Federal e as turmas do Superior Tribunal de Justiça diz respeito a aplicação da majorante de inobservância de regra técnica de profissão no homicídio praticado por imperícia médica.

A 5ª turma do STJ, no AgRg nos EDcl no AREsp nº 1.686.212/SE, julgado em 23/06/2020, e a 2ª turma do STF no RHC nº 129946/SP, julgado em 08/03/2016, entenderam que se aplica a majorante pois o legislador, ao cria-la, quis conferir uma reprovabilidade maior

à conduta profissional que, mesmo possuindo os conhecimentos técnicos necessários, descumpre regras essenciais ao desempenho de sua profissão.

Desta feita, novamente a 6ª turma do STJ discordou do posicionamento outrora firmado pela 5ª turma do STJ e pelo STF, ao afirmar, nos autos do REsp nº1.926.591/SP, em 03/05/2022, que não se aplica a majorante destacada pois a inobservância da regra técnica constitui elementar da culpa, configurando *bis in idem* a sua cumulação com a majorante, salvo na hipótese de existirem dois fatos distintos, um para fundamentar a culpa e outro para fundamentar a majorante.

Há de se consignar, por oportuno, uma curiosa divergência jurisprudencial surgiu em julgamento sobre participação de réu foragido em audiência virtual.

A 6ª Tuma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em 03/08/2021, denegou Habeas Corpus impetrado por um homem que alegou nulidade do processo por falta de interrogatório, após o indeferimento de sua inquirição de forma virtual enquanto estava foragido (HC 640.770).

Para a referida turma, o artigo 220 do Código de Processo Penal, que abre a possibilidade do interrogatório virtual às pessoas que não puderem comparecer para depor por enfermidade ou velhice, não se aplica ao réu que está foragido.

Entretanto, em decisão proferida no HC nº 214.916 MC/SP, em 02/05/2022, o STF consignou que “a proibição de um réu foragido participar de audiência virtual não implica renúncia tácita ao direito de participar do ato”. Com esse entendimento, o ministro Luiz Edson Fachin concedeu liminar em habeas corpus para que um acusado não sofra tal restrição imposta pelo juízo da causa.

Cabe ainda destacar a celeuma da prisão em segunda instância debatida no STF. Isso porque o Supremo Tribunal já havia declarado a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena em 2009, seguindo termos da própria Constituição.

Entretanto, em 2016 o tribunal mudou sua jurisprudência e afirmou ser possível a prisão em segunda instância, o que fez os ministros passarem a decidir de formas distintas quanto ao tema.

Não obstante, o julgamento do ano de 2019 reverteu novamente esse entendimento, consignando que não é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em 2ª instância. É o que se verifica na ADC 43, ADC 44 e ADC 54.

As eloquentes discrepâncias decisórias acima expostas revelam uma comum alteração jurisprudencial daquilo que é decidido, ao passo em que evidencia que a interpretação de

determinado dispositivo não se revela como algo sólido e estruturado, de modo que o Tribunal acaba se colocando em situação de fragilidade institucional.

Justamente por estas razões que Rodrigo de Oliveira Kaufmann³⁵³ teve em mente que a expectativa de alteração da linha de decisão recém alcançada não só retira autoridade do Tribunal como renova sua jurisdição sobre a matéria.

Desta forma, cria-se assim uma espécie de espiral de instabilidade que faz com que um julgamento nunca seja o último o que, por sua vez, também incentiva o uso e abuso de nosso pródigo sistema de recursos internos na própria jurisdição constitucional. Por fim, juízes e tribunais se sentem menos engajados a aceitar e a obedecer aos julgados produzidos pelos tribunais de vértice.

4.5 O ponto de interseção aplicativa entre o processo civil e o processo penal

No âmbito do processo penal, há uma evidente preocupação com a Teoria Geral do Processo, no sentido de ser possível admiti-la e, por via de consequência, aplicá-la como categoria epistemológica a reger os institutos da jurisdição criminal. Essa apreensão é gerada através da discordância, entre os processualistas, quanto a existência de uma teoria geral do processo, isto é, de ser possível ou não aplicar os institutos do processo civil também no processo penal.

O processualista Rogério Lauria Tucci, por exemplo, é um dos principais expoentes da concepção refratária a uma Teoria Geral do Processo. Em igual sentido, Aury Lopes Jr³⁵⁴. se manifesta incisivamente contra a existência de uma teoria que regule diversos domínios jurídicos.

Apesar de algumas resistências, é robusta a corrente que defende a existência de uma Teoria Geral do Processo. A posição aqui defendida parte essencialmente da seguinte consideração a qual fora esposada, inclusive, por Fredie Didier Jr.³⁵⁵: a Teoria Geral do Processo serve à compreensão de qualquer processo, inclusive do processo penal.

Com efeito, há uma relevante interseção entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, notadamente no que diz respeito aos conceitos estruturais, tais como: ação,

³⁵³ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF**. Revista Consultor Jurídico, 20 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf>. Acesso em 02/06/2022.

³⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boas-saude-processo-penal>. Acesso em 16 de julho de 2022.

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Juspodium, 2016. p. 118.

processo, procedimento, jurisdição, nulidades, provas, etc., o que não infirma a importância das particularidades de cada um dos ramos.

Como afirma Afrânio da Silva Jardim³⁵⁶, mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito Processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais.

Resguardada a relevância dos argumentos expedidos pelos críticos, pontue-se que estes incorrem em *aberratio ictus*: miram a Teoria Geral do Processo e acertam na unificação do direito processual (civil e penal).

A premissa de Lauria Tucci frente ao tema é a seguinte: é inadmissível a absorção, pelo processo penal, de diversificados regramentos e institutos, próprios do civil. O autor entende como inaplicáveis ao processo penal os conceitos de lide e de processo e ação cautelar, bem como as regras relativas à revelia no processo civil.

Nesse passo, assiste razão a consideração, pois não é possível transpor regras do direito processual civil ao direito processual penal sem que se percebam as diferenças que há entre os seus respectivos objetos.

Não por outro motivo que o princípio da adequação do processo, corolário do devido processo legal, impõe que as normas processuais sejam adequadas ao objeto do processo. Os objetos do processo civil e do processo penal são bem diversos. Por isso, diversos não de ser os seus regramentos.

Neste passo, Fredie Didier Jr.³⁵⁷ faz investidas para um aspecto que não está em discussão. Para ele, Lauria Tucci erra o alvo em sua crítica pois a discussão sobre a unidade do direito processual pode e deve ser deslocada para questões metajurídicas acerca do direito processual civil.

Aury Lopes Jr. segue a mesma rota que Lauria Tucci, sendo contrário à Teoria Geral do Processo. O autor vale-se essencialmente da metáfora da Cinderela, elaborada por Carnelutti³⁵⁸.

Preocupa-se então com a equiparação do processo penal ao processo civil, engessando-o às estruturas daquele, e com o possível aviltamento da ciência processual penal em face da ciência processual civil - preocupações idênticas às de Carnelutti.

³⁵⁶ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19-20.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ “Era uma vez três irmãs, que tinham em comum um dos progenitores: chamavam-se a ciência do Direito Penal, a ciência do Processo Penal e a ciência do Processo Civil. E ocorreu que a segunda, em comparação com as demais, que eram belas e prósperas, teve uma infância e uma adolescência desleixada, abandonada. Durante muito tempo, dividiu com a primeira o mesmo quarto. A terceira, bela e sedutora, ganhou o mundo e despertou todas as atenções”. Assim começa Francesco Carnelutti, que com sua genialidade escreveu em 1946 um breve, mas brilhante artigo intitulado *Cenerentola* (a *Cinderela*, da conhecida fábula infantil). Originariamente publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, v. 1, parte 1, p. 73-78. Em espanhol, foi publicado com o título “La Cenicienta”, na obra *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 15-21.

Aponta que os conceitos de lide, jurisdição voluntária e jurisdição contenciosa, produzidos para o Direito Processual Civil, são irrelevantes e inaplicáveis ao Processo Penal. Desta feita, defende, então, à semelhança do que fez Lauria Tucci quanto a necessidade de desenvolvimento do conceito de jurisdição penal, específico para o processo penal.

Ora, por evidente que que a natureza pública ou privada da pretensão acarreta peculiaridades ao processo penal e ao processo civil. Entretanto, tais peculiaridades não chegam a afetar a ontologia do processo, chegando tão somente às portas de sua estrutura formal.

Nesse cenário, a Teoria Geral do Processo deve ser entendida como método do estudo de princípios gerais aplicados a todos os tipos de processo, respeitando-se, logicamente, a particularidade de cada um deles.

É nesses termos que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, defendem na clássica obra “Teoria Geral do Processo”³⁵⁹, que o direito processual como um todo decorre dos grandes princípios e garantias constitucionais pertinentes e a grande bifurcação entre processo civil e processo penal, corresponde apenas a exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar.

Os autores não desconhecem as particularidades do processo penal, mormente sua faceta de controle do *jus puniendi estatal*.

Apesar disto, seguindo as premissas de juristas italianos, como Ferri, Taruffo, Varano e Comoglio³⁶⁰, o processo deve ser visto, necessariamente, sob o prisma constitucional.

Neste sentido, Marcelo Cattoni³⁶¹ adverte com propriedade que no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro modelo constitucional do processo, estruturante Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal.

Imperiosa também é a lição de José Alfredo Oliveira Baracho³⁶² quando diz que existem diversas concepções sobre a Teoria e a doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda a disciplina processual.

³⁵⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

³⁶⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974.

³⁶¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional**. In: Didier JR., Fredie (org.). Teoria do processo-panorama doutrinário mundial-segunda série. Salvador: Juspodium, 2010, v. 1, p. 615-644.

³⁶² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte, fórum, 2006, p. 320-322.

Complementa José Alfredo que em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual existem matrizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais.

Evidencia-se, neste panorama, uma notória integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum: o arquétipo processual oriundo da Carta Magna.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco³⁶³ corroboram essa postura ao afirmar que todo direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a efetividade do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais.

Nessa perspectiva, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal passam a compor lados divididos de um bloco unificado que integra um único ramo, qual seja, o Direito Processual. E é por esta razão que o processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na penal.

Nesse tocante, escreve Frederico Marques³⁶⁴ que o processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só, quer se trate de uma lide penal, quer quando focalize uma lide não penal. Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal.

A propósito, foi exatamente por esta razão que foram estatuídos os comandos normativos do artigo 3º do Código de Processo Penal, artigo 15 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto de Lei nº4.657/42, expressando a necessidade de aplicação da Teoria do Diálogo entre as fontes.

Trata-se de uma teoria pós-moderna, idealizada pelo germânico Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, permitindo que as normas gerais mais benéficas supervenientes suplantassem a aplicação de norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

Nesse passo, é possível destacar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que deve balizar a aplicação de todas as leis, e o art. 8º do CPC/2015, que

³⁶³ Ibidem. p. 54.

³⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio. Forense, 1960. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. S. Paulo, Saraiva, 1959. *Instituições de direito processual civil*. Rio, Forense, 1962. Manual de direito processual civil. S. Paulo, Saraiva, 1975.

segundo nossa compreensão, é norma fundamental do processo, alcançando todos os ramos processuais.

Caberá ao magistrado então, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, que o faça buscando atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo que a norma processual, por ter sido editada já sob a égide da Constituição Federal, ainda dispõe que deve ser empregada visando resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando, assim, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ilustra esta possibilidade as premissas de Hermes Zaneti Júnior³⁶⁵ no sentido de que a aplicação do CPC aos demais ramos processuais depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: as normas da codificação processual civil não podem estar em conceito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado e há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC. Assim, não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, é possível a aplicação.

Noutras palavras, o diálogo entre as fontes deve ocorrer sob a direção dos vetores constitucionais e pelos direitos humanos e fundamentais, possibilitando, assim, influências recíprocas entre diplomas diversos, bem como a aplicação conjunta de normas, ao mesmo caso e ao mesmo tempo, de forma complementar ou subsidiária.

Essa concepção surge como um novel paradigma de coordenação e coerência processual, ideal para a interpretação e estabilização das normas em tempos de fontes plúrimas.

Cabe destacar, por oportuno, elucidativo trecho sobre teoria geral do processo expedido em acórdão de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho³⁶⁶. O magistrado descreve que o direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo entre as fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística.

Acrescenta ainda que se deve buscar, sempre, evitar antinomias ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de justiça.

³⁶⁵ ZANETI JR, Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal).** In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

³⁶⁶ AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão julgador: Primeira turma. Data de Julgamento: 23/06/2015. Data de publicação Dje 05/05/2015.

Na prática brasileira, a teoria do diálogo das fontes já foi plenamente acolhida, reconhecendo, inclusive, sua aplicação específica em sede processual penal, sendo possível vislumbrar em julgados do ano de 2022³⁶⁷.

O STF também já havia reconhecido a possibilidade de aplicação analógica do art. 191 do CPC/73 ao processo penal³⁶⁸. Na oportunidade, fora destacado que no processo civil, em que se discute direitos disponíveis, concede-se prazo em dobro, com mais razão que no processo penal, que reclama menor prazo pois se está em debate a liberdade do jurisdicionado.

Por oportuno, destaque-se ainda o precedente oriundo da 5ª turma do STJ³⁶⁹ expressando a aplicabilidade do princípio da cooperação no processo penal, em caráter subsidiário ao CPC/2015, possibilitando ao juiz intimar o membro do Ministério Público para complementar a peça acusatória com o rol de testemunhas.

Em semelhante caminho, a 6ª turma do STJ³⁷⁰ já se posicionou no sentido do juiz poder, mesmo antes da sentença, proceder à correção da adequação típica dos fatos narrados na

³⁶⁷ CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Pedido de aplicação de medidas protetivas previstas na lei nº 11.340/2006. Boletim de ocorrência lavrado para apurar a teórica prática dos crimes descritos no artigo 129, caput e § 9º, e no artigo 147-B, ambos do Código Penal, supostamente cometidos contra mulher pelo ex-companheiro. Vítima e dito agressor que conviveram por cerca de dois anos na Comarca de Ferraz de Vasconcelos. Em viagem realizada no carnaval de 2022 ao Município de Nazaré Paulista, o ex-casal teria brigado, ocasião em que o ex-companheiro teria agredido a mulher com socos e chutes. No caminho de volta à moradia comum, em Ferraz de Vasconcelos, agressor teria tomado à força o telefone celular da vítima, negando-se, até hoje, a lhe restituir o aparelho. Além disso, embora não mais coabitem, agressor dirigiria à ex-convivente constantes ameaças, lhe exigindo o fornecimento da senha para desbloqueio do aparelho celular, supostamente com a finalidade de apagar da memória do equipamento registros das agressões praticadas. Competência do Juízo suscitado de Ferraz de Vasconcelos, seja porque preventivo, na forma do artigo 71 do Código de Processo Penal, seja por força da incidência do princípio do juiz imediato à luz da Teoria do Diálogo das Fontes. Juízo de Ferraz de Vasconcelos que, por ser o mais próximo ao indivíduo vulnerável (mulher supostamente vítima de violência doméstica), terá condições de proporcionar maior efetividade às medidas protetivas aplicadas em favor da pessoa alvo da tutela jurisdicional, fazendo cumprir os fins sociais aos quais se presta a lei nº 11.340/2006. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara Judicial da Comarca de Ferraz de Vasconcelos, ora suscitado. (TJ-SP - CJ: 00148551820228260000 SP 0014855-18.2022.8.26.0000, Relator: Issa Ahmed, Data de Julgamento: 07/07/2022, Câmara Especial, Data de Publicação: 07/07/2022).

³⁶⁸ STF. Plenário. Inq 3983/DF, rel. orig. Min. Teori Zavaski, red. p/0 acórdão Min. Luiz Fux. Julgado em 03/09/2015 (info 797). STF. Plenário. Inq 4112/DF, rel. orig. Min. Teori Zavaski, red. p/0 acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgado em 01/09/2015 (info 797).

³⁶⁹ PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DESPACHO QUE DETERMINA A INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR EM JUÍZO. NULIDADE. AUSÊNCIA. DEVER DE COOPERAÇÃO. DECISÃO QUE ADMITE ROL DE TESTEMUNHAS APRESENTADO EXTEMPORANEAMENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. 1. Nos termos do artigo 284 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do artigo 3º do Diploma Processual Penal, "verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 dias". 2. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o Magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatórias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem julgamento do mérito. 3. "A circunstância de haver o Ministério Público protelado a apresentação do rol de testemunhas não configura, por si só, nulidade, pois as testemunhas arroladas intempestivamente pelas partes podem ser ouvidas pelo juiz, como se fossem suas (RHC n. 86.793/STF, Primeira Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 18/11/2005)". 4. A intimação do Ministério Público para que este indique as provas que pretende produzir em Juízo e a juntada do rol de testemunhas pela acusação, após a apresentação da denúncia, mas antes da formação da relação processual, não enseja nenhum prejuízo à defesa que tem amplas possibilidades de contraditar os elementos probatórios até então requeridos. De fato, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal. 5. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 37587 SC 2013/0124428-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/02/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2016).

³⁷⁰ PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. EMENDATIO LIBELLI. DIREITOS PROCESSUAIS OU MATERIAIS. TEMAS DE ORDEM PÚBLICA. DECISÃO POSSÍVEL EM QUALQUER FASE DO PROCESSO. FUNDAMENTAÇÃO COM EXAME DA CORRETA ADEQUAÇÃO TÍPICA. LEGALIDADE. ANULAÇÃO DA DECISÃO FAVORÁVEL À DEFESA SEM RECURSO ACUSATÓRIO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Se a aplicação do direito aos fatos

denúncia para viabilizar o reconhecimento de direitos do réu caracterizados como temas de ordem pública decorrentes da reclassificação do crime, sendo tudo isso sob o espectro do dever de cooperação, à luz do CPC.

Esse diálogo entre o processo civil e o processo penal possui hipóteses expressamente previstas na própria legislação, como é o caso da disposição insculpida no art. 362 do CPP, que ampara o uso da citação por hora certa no processo penal, remetendo, entretanto, a disciplina do procedimento inerente aos artigos 227 a 229 do CPC/1973.

Outro exemplo é o artigo 152 do Estatuto da Criança e do Adolescente cujo teor prevê a aplicação subsidiária das normas gerais previstas na legislação processual pertinente. Assim, seguindo o rito para a apuração de atos infracionais, estabelecido a partir do artigo 103 do ECA, aplicam-se supletivamente as garantias processuais penais, não obstante o artigo 198 do Estatuto determine a observância do sistema recursal do Código de Processo Civil, com adaptações dispostas na própria lei 8.069/90.

A partir destas perspectivas, reitere-se a previsão do art. 3º do Código de Processo Penal ao admitir expressamente a interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito.

Neste passo, o Código de Processo Civil ainda carrega em seu texto diversos princípios de base constitucional, os quais apresentam-se como normas processuais de natureza fundamental, de modo que alcança uma dimensão multiprocessual, tornando essencial sua aplicação supletiva e subsidiária as demais legislações processuais.

À título de exemplo do que fora declarado no parágrafo anterior, cite-se os princípios da boa-fé processual (art. 5º CPC), cooperação (art. 6º CPC), adequada fundamentação (art. 489, §1º, CPC) e respeito aos precedentes (arts. 489, §1º, inciso V e VI; 926 e 927 CPC).

Portanto, partindo das premissas aqui expostas, é possível consignar que as particularidades do processo penal não impedem a utilização complementar e subsidiária do Código de Processo Civil. Ao revés, a aplicação de disposições do CPC nas demandas

denunciados dá-se em regra pela sentença, mantendo ou não a tipificação indicada pela inicial acusatória - arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal -, o reconhecimento de incontroversos direitos processuais ou materiais, caracterizados como temas de ordem pública, pode dar-se em qualquer fase do processo, inclusive com fundamentação então necessária de correto enquadramento típico. 3. Nada impede possa o magistrado, mesmo antes da sentença condenatória, evitando a mora e os efeitos de indevida persecução criminal, reconhecer desde logo clara incompetência, prescrição, falta de justa causa, direitos de transação, sursis processual, ou temas outros de ordem pública, relevantes, certos e urgentes. 4. Válido é o reconhecimento do direito à transação penal, por fatos denunciados que compreende o magistrado claramente configurarem crime de pequeno potencial ofensivo. 5. Inválido o acórdão que em habeas corpus anula essa decisão de primeiro grau, explicitando o efeito de prosseguimento da persecução criminal pelo crime comum originalmente tipificado na denúncia, já que prejudica condição processual assegurada ao acusado em impugnação exclusiva da defesa. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida de ofício a ordem para tornar nulo o acórdão do habeas corpus no Tribunal local, restabelecendo a decisão de 1º grau que determinou o prosseguimento da persecução criminal por crime de pequeno potencial ofensivo. (STJ - HC: 241206 SP 2012/0090096-9, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 11/11/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/12/2014).

processuais penais mostram-se relevantes e juridicamente seguranças haja vista que possuem caráter de norma processual constitucional e gravitam em todas as demais normas de processo.

4.6 O cabimento qualificado do IRDR no processo penal

Nos capítulos anteriores fora promovida uma exposição sobre a necessidade de manutenção da coerência e estabilidade da jurisprudência penal em casos de decisões conflitantes, de modo que as garantias constitucionais, tais como a isonomia, sejam observadas em sua plenitude.

Para alcançar este intento foi proposta a transposição das disciplinas procedimentais do processo civil para o processo penal. Neste tópico, por sua vez, objetiva-se apresentar pormenorizadamente a importação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas entre os referidos códigos processuais, a ser feito de forma qualificada, ante as peculiaridades do instituto de origem.

O objetivo é estabelecer um pronunciamento prévio do tribunal competente acerca de questões comuns de direito tratadas nos milhares de processos repetitivos, para que a tese jurídica fixada deva obrigatoriamente ser aplicada aos casos cuja controvérsia jurídica seja reiteradamente debatida.

Não se pretende substituir a hermenêutica como paradigma para a construção da decisão. Na verdade, busca-se criar um mecanismo processual que uniformize jurisprudência e minimize a conflituosidade que é ínsita a atividade jurisprudencial, especialmente em matéria criminal, cujos reflexos procedimentais reverberam no direito à liberdade dos indivíduos.

Neste passo, consoante consigna Danyelle Galvão³⁷¹, a repetitividade no âmbito criminal já era objeto de preocupação e, antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, já se aplicava o procedimento dos recursos repetitivos no Processo Penal perante os tribunais superiores.

A partir da vigência do novo Código Processual Civil, identificou-se uma maior preocupação do legislador em consagrar a estabilidade das produções judiciais, prevendo a observância obrigatória a decisões, enunciados, acórdãos e orientações dos Tribunais pátrios.

Se é fato que até certa perspectiva da atividade judicial o dissídio pretoriano é previsível, senão inevitável, e não raro útil ao debate e arejamento das ideias e fundamentos da decisão final, também é verdade que uma vez levada a *quaestio iuris* aos tribunais, surge o dever de

³⁷¹ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 147.

uniformizar o entendimento assentado a respeito, seja para atendimento à desejável previsibilidade das decisões, seja para o tratamento isonômico aos jurisdicionados.

Nesta senda, como já discorrido em capítulo anterior, casos semelhantes devem ter resultados semelhantes. Assim, aplica-se a máxima da *mihi factum, dabo tibi ius*. A coerência da prestação jurisdicional promoverá a universalidade e a unicidade das relações jurídicas entre todos que buscam a solução judicial.

A força normativa dos precedentes é adequada para promover a igualdade, permitindo que controvérsias idênticas tenham idênticos resultados³⁷².

É por esta razão que o art. 926, caput, do CPC/2015 prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, devendo ainda, oportunamente, editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante (§2º do mencionado dispositivo), isto é, dever de uniformizar e sumular.

Isso não implica na demonização genérica da dispersão jurisprudencial, mas, de modo prudente e criterioso, na identificação daquela contradição ou divergência cuja dimensão revela-se excessiva, passando a projetar efeitos deletérios como a ofensa aos valores fundamentais da isonomia e segurança jurídica.

Por enquanto, ainda não foi possível estabelecer de forma expressa, no processo penal, uma orientação concreta que garanta a integração jurisprudencial, apesar de todas as oportunidades de experimentação em décadas de experiência.

Nesse tocante, escreve Luís Felipe Schneider, afirmando que o processo penal nunca se preocupou em estabelecer parâmetros legais para lidar com a litigiosidade repetitiva, pois sempre se pensou no caso penal individualmente³⁷³.

Exatamente por ocasião desta questão que Danyelle Galvão³⁷⁴ discorre sobre a necessidade de adotar um sistema de precedentes no processo penal. Para a autora, o aumento do número de casos sobre as mesmas questões jurídicas perante os tribunais e a busca da estabilidade da jurisprudência e tratamento igualitário aos jurisdicionados, no entanto, impõem o uso de mecanismos para a formação de precedentes judiciais nesta matéria.

Por conseguinte, pontua a autora que a estabilidade de entendimento dos Tribunais e o tratamento igualitário de situações idênticas são pressupostos para um Direito Penal igualitário e legítimo³⁷⁵.

³⁷² MORAIS, Gisela Telles de Menezes. **O Precedente Vinculante na Solução das Controvérsias**. Revista de Direito da Faculdade Anhanguera de Jacaraí, v. 14, n. 19, ano 2011. p. 33.

³⁷³ KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal**. Salvador: Juspodium, 2018. p. 164.

³⁷⁴ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 149.

³⁷⁵ Ibidem. p. 149.

Não obstante, Marcos Zilli³⁷⁶ leciona que os sistemas processuais penais são campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Pode-se considerar como tal premissa o direito a liberdade dos indivíduos o qual é posto em situação de instabilidade a partir da inconsistência de uma interpretação jurídica vinculante sobre determinada matéria.

Na avaliação de Luiz Guilherme Marinoni³⁷⁷, demandas repetitivas constituem uma anomalia no sistema processual. Assim, nada justifica que uma mesma questão deva ser examinada várias vezes pelo Poder Judiciário apenas porque se refere a pessoas diferentes. Aqui, inclui-se o dizer “pessoas e procedimentos diferentes”.

Quando as respostas judiciais diferentes importarem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta, então se terá risco à isonomia e à segurança jurídica.

Desta feita, o elevado percentual de casos que tratam da mesma questão jurídica perante os tribunais e a busca da estabilidade na jurisprudência e tratamento igualitário aos jurisdicionados impõem a utilização de mecanismos para a formação de precedentes no Processo Penal, sob pena de legitimar uma loteria judicial em matéria de alta sensibilidade aos indivíduos: o arbítrio de locomoção.

Nesta perspectiva, verifica-se através do Código Processual Civil/2015 a existência de procedimento cujo objetivo é justamente discutir a matéria de direito repetitiva e fixar uma tese jurídica vinculante. Trata-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O procedimento do incidente (hipótese de cabimento, tramitação perante o Tribunal e outras questões), conforme pontua Danyelle Galvão³⁷⁸, é remetido integralmente ao Código de Processo Civil de 2015, devido à ausência de qualquer previsão específica a respeito no Processo Penal.

Seguindo essa perspectiva, Renato Brasileiro de Lima³⁷⁹ advoga que, ante o silêncio do CPP em relação ao assunto, é perfeitamente possível a aplicação subsidiária ao processo penal do incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do novo CPC), que, doravante, poderá ser instaurado em qualquer Tribunal, inclusive nos Tribunais de Justiça dos Estados e nos Tribunais Regionais Federais.

³⁷⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2, São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 576.

³⁷⁸ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora Juspodium. São Paulo, 2022. p. 149.

³⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017. p. 104

O mérito deste edifício teórico também é sustentado por outros pesquisadores do tema, a exemplo de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, o qual, de forma pioneira, já defendia a utilização desta ferramenta em diversos ramos do Direito, inclusive no Processo Penal.

Neste sentido, o citado autor discorre que embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada ao âmbito do Processo Civil, tendo em vista que, em princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal, do Trabalho e Eleitoral³⁸⁰.

A possibilidade de aplicação deste incidente no Processo Penal, segundo preconiza Danyelle Galvão³⁸¹, decorre da previsão do art. 3º do CPP frente à ausência de previsão específica sobre o assunto no Código de Processo Penal e inexistência de qualquer instituto semelhante no âmbito penal.

Não por outra razão que o Ministério Público de São Paulo, em parecer apresentado em IRDR para discussão sobre a natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena, afirmou que não há dúvidas quanto a admissibilidade dessa ferramenta também no âmbito do processo penal, sabendo-se que, na forma do disposto no artigo 3º do Código Processual Penal, diante da lacuna legislativa, pode incidir, por analogia, a norma prevista na lei adjetiva civil aplicável a casos semelhantes³⁸².

Este diálogo entre as fontes normativas processuais impõe a afirmação de que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, algumas de suas regras (ou a supressão delas) impactarão o processo penal.

As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei, porém, impõe-se a observância das peculiaridades deste ramo do Direito (inclusive no tocante às Execuções Penais).

Hermes Zanetti Júnior a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC. Não havendo conflito

³⁸⁰ “O art. 15 do novo Código de Processo Civil estabelece que as suas disposições se aplicam, supletiva e subsidiariamente, na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. Por sua vez, o art. 4º da Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro já aponta, de longa data, que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá com base na analogia, costumes e nos princípios gerais do direito. No âmbito do direito processual, há normas gerais previstas na Constituição da República, em tratados e em lei ordinárias, ao lado de regras específicas aplicáveis apenas ao processo civil, trabalhista, penal ou eleitoral. (...) Naturalmente, os instrumentos do Direito Processual Coletivo possuem uma aplicabilidade maior no âmbito do Direito Processual Civil, mas também são muito importantes na esfera do Direito Processual do Trabalho e podem ser aplicados eventualmente na seara do Direito Processual Penal e Eleitoral” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual**. Rio de Janeiro, Forense, 2017. p. 5-7.

³⁸¹ *Ibidem*. p. 149.

³⁸² TJSP – Turma Especial Criminal – IRDR 2103746-20.2018.8.26.0000 – rel. Péricles Piza. Parecer de 04/08/2018 – pág. 167 dos autos.

entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.

Nesse ponto, importante mencionar o texto do enunciado nº 3 da I Jornada de Direito Processual Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, aprovado em 2017, que propõe as disposições do CPC, aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, o que não forem incompatíveis com esta Lei.

Levando em consideração que a questão dos precedentes que aqui se analisa é de natureza instrumental, não relacionando-se àquelas normas de natureza incriminadora, pode-se afirmar que o IRDR pode perfeitamente ser aplicado no âmbito processual criminal quando se tratar de matéria eminentemente de direito, pois o caso oposto a tese fixada dependerá da análise de provas e averiguação quanto a assimetria a decisão vinculante, o que deverá ser feito individualmente em cada processo.

Na síntese de Kátia Maria Amaral Jangutta³⁸³, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Incidentes de Assunção de Competência devem seguir o mesmo trâmite previsto no Código de Processo Civil, naquilo que for pertinente ao Processo Penal, objetivando-se, com isso, dar uniformidade e segurança jurídica às decisões prolatadas na seara criminal.

Complementa a autora afirmando que, mais que em âmbito penal do que no civil, o réu tem o direito a uma decisão igual a seu semelhante, se em situação de igualdade estiverem, não se admitindo mais que órgãos jurisdicionais criminais adotem decisões díspares quando se trata da tutela da liberdade, de réu presos muitas vezes em verdadeira ofensa aos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana³⁸⁴.

Justamente para assegurar a uniformidade das decisões sobre a mesma questão jurídica, o incidente é instaurado no tribunal de segunda instância, cuja decisão de mérito será vinculante para as causas sobrestadas e para aquelas que vierem a ser propostas e envolvam a temática decidida.

A identidade integral entre as causas é dispensável, mas a questão jurídica que ensejou o IRDR deve ser a mesma em todas as demandas em que o resultado será aplicado. Noutras palavras, é a similitude da questão de direito e não da demanda que motiva a instauração do incidente.

³⁸³ JAGUNTTA, Katia Maria Amaral. **A importância dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil**. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Barreto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. Vol. III. P. 174-175.

³⁸⁴ Ibidem.

Face a ausência de previsão do Código Processual Penal e a viabilidade de aplicação do incidente em matéria criminal, faz-se necessário que os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Federais Regionais adequem seus regimentos internos que dispõem sobre a organização judiciária, a fim de poder processar o incidente da maneira mais adequada.

Isto pode ser feito, por exemplo, através de uma previsão que indique que a análise de IRDR's de matéria penal seja realizada por desembargadores de câmaras criminais ou órgãos especializados na matéria.

Quanto à essa organização, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, Daniel Vianna Vargas e Felipe Carvalho Gonçalves da Silva³⁸⁵ apontam como exemplo que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região está preparado para o julgamento no IRDR em matéria penal pois o artigo 112-A do seu Regimento Interno remete às Seções Especializadas o julgamento do IRDR relativo às suas respectivas competências.

Destacam os autos ainda que o artigo 13 do referido regimento estatuiu três seções especializadas: à 1ª Seção cabe as matérias penal, previdenciária e de propriedade intelectual, bem como os habeas corpus, decorrentes de matéria criminal; à 2ª Seção Especializada, a matéria tributária, inclusive contribuições, com exceção da matéria referente aos conselhos profissionais, bem como as ações trabalhistas remanescentes, e os habeas corpus relativos à prisão de natureza civil por Juiz, em processo de natureza tributária; e à 3ª Seção Especializada, as matérias administrativas e aquelas referentes aos conselhos profissionais, bem como todas as que não estiverem compreendidas na competência das outras Seções Especializadas, incluindo-se os habeas corpus relativos à prisão de natureza civil, quando não prevista na competência das outras Turmas.

Em que pese tais considerações, os Tribunais Regionais da 3ª e 4ª Regiões já decidiram sobre a inadmissibilidade de IRDR em âmbito criminal por entenderem que nesta seara sempre há discussão sobre questões fáticas e não exclusivamente de direito³⁸⁶.

Deveras, a previsão legal do incidente indica que sua instauração deve estar interligada a exclusivamente a questões de direito, todavia, partilhando do ideal apresentado por Danyelle Galvão³⁸⁷, vedar a admissibilidade do IRDR na seara penal apenas em razão da matéria ser ligada aos fatos é equivocado.

³⁸⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VARGAS, Daniel Vianna; DA SILVA, Felipe Carvalho Gonçalves. **O Incidente De Resolução De Demandas Repetitivas (IRDR) no Processo Penal**. Reflexões Iniciais. Revista de Processo, v. 279/2018, p. 283-312, Maio de 2018.

³⁸⁶ A menção a estes julgados é encontrada na obra de Danyelle Galvão. Ibidem. p. 151. TRF 4ª R. – 4ª Seção – IRDR 5046424-07.2016.404.0000 – rel. Cláudia Cristina Cristofani – Dje 25/04/2017; TRF 3ª R. – 4ª Seção – IRDR 0016124-77.216.403.0000 – Rel. Maurício Kato – Dje 05/05/2017.

³⁸⁷ Ibidem. p. 151.

Isto porque todos os processos penais, com ressalva as hipóteses de constitucionalidade em abstrato, são alicerçados em fatos narrados pela acusação na respetiva denúncia. E até nos processos de execução penal, quando não se verifica mais a descrição de fatos delituosos, mas intentas o cumprimento da pena aplicada ao réu, constata-se discussões de ordem fáticas, a exemplo do decurso de tempo para progressão de regime.

O fato, no processo penal, delineará a matéria jurídica a ser debatida. Assim, corriqueiramente se percorrerá a narrativa fática para que se identifique a questão jurídica controvertida. Essa atividade, no entanto, não prejudicará a delimitação do ponto jurídico a ser julgado em sede de IRDR nos termos propostos pela lei processual civil.

Entretanto, faz oportuno complementar, neste ponto, perfilhando novamente do posicionamento expressado por Danyelle Galvão³⁸⁸, que existem inúmeras questões jurídicas penais e processuais penais que podem ser discutidas abstratamente, isto é, sem a necessidade de promover exame de fatos ou valoração da prova.

Diante destas premissas, revela-se de frágil sustentação o argumento lançado pelos Tribunais Regionais da 3ª e 4ª Regiões.

Em contraste a isso, verifica-se um exemplo exitoso de IRDR criminal, sendo, inclusive, o primeiro julgado em matéria penal no Brasil. Trata-se do incidente nº 202103746-20.2018.8.26.0000 admitido no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual fixou tese acerca do termo inicial para progressão de regime prisional.

Outro exemplo de IRDR em matéria criminal foi o nº 0039706-76.2017.8.16.0000 admitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A questão submetida a julgamento através deste incidente diz respeito a definição da data-base para progressão de regime em caso de superveniência de nova condenação no curso da execução penal. Todavia, o incidente foi julgado prejudicado em razão da afetação da matéria no Superior Tribunal de Justiça³⁸⁹.

Diante das proposições acima expostas, é válido ressaltar, novamente, que o IRDR pode ser instaurado quando constatada a multiplicidade de processos com a mesma questão de direito, representando um risco para a isonomia e segurança jurídica.

Neste ponto, cabe destacar o debate existente acerca da imprescindibilidade de já existir demandas ajuizadas versando sobre a questão, tendo Aluísio Gonçalves de Castro Mendes³⁹⁰ dissertando no sentido de que condicionar a instauração do IRDR a causas existentes

³⁸⁸ Ibidem. p. 151. A autora destaca que há milhares de recursos especiais e extraordinários em tramitação perante os tribunais superiores e não há, por força legal e sumular, reexame de fatos e provas naquelas Cortes.

³⁸⁹ Ao pressuposto de admissibilidade destacado acima agrega-se uma questão relevante prevista no art. 976, §4º, do CPC, a saber: não pode a questão de direito, replicada massivamente em muitos processos, já estar pendente de apreciação no bojo do RE ou REsp afetado, no STF ou STJ, como representativo da controvérsia, pois há de se prevenir eventual discrepância entre decisões paradigmáticas com eficácia expandida.

³⁹⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v. 37, n. 211, p. 191-208, set./20123, p. 196.

comprometerá o caráter nitidamente preventivo inerente a natureza existencial do procedimento.

Todavia, encerrada a tramitação legislativa da Lei n. 13.105/2015, a discussão foi solucionada pelo inciso I do art. 976 do Código de Processo Civil, que exige a efetiva repetição de processos³⁹¹.

No processo penal, entretanto, esse aspecto quantitativo deve ser considerado sob uma interpretação razoável, pois não se há de exigir para a instauração do incidente que já se tenha instalado o caos na jurisprudência de 1º grau, com milhares de sentenças resolvendo de modos diferentes a mesma questão de direito, pois, repita-se, reverberam no direito à liberdade dos indivíduos.

Se a lei exige que haja processos repetidos em curso, é prudente, em âmbito penal, que basta um forte dissenso jurisprudencial³⁹², antevendo-se a multiplicação de ações com questões controvertidas, acarretando prejuízos de grandes dimensões à direitos constitucionais basilares dos respectivos jurisdicionados.

A dicção do inciso II do art. 976 tratando de “risco de ofensa à isonomia e à segurança pública” deve ser interpretada, no âmbito do processo penal, no sentido de alcançar dimensão relevante e causadora de prejuízos aos jurisdicionados, não devendo ser mensurada necessariamente e unicamente através de um número expressivos de ações, mas no potencial tratamento anti-isonômico que repercute na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança gerada nas demandas recorrentes para a população e para a própria estrutura judiciária.

O IRDR no processo penal, enquanto mecanismo de pacificação do ambiente de dissídio interpretativo, não afetará a visão de necessidade e inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, respeitando as peculiaridades do caso concreto.

Todavia, quando as respostas judiciais diferentes importarem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta, então se terá risco à isonomia e à segurança jurídica de que fala o art. 976, inciso II, do CPC.

³⁹¹ O que leva a conclusão de que o incidente poderá ser proposto após a instauração da controvérsia, que se dá com a oferta da contestação pela parte ré ou o decurso do prazo para tal.

³⁹² A replicação de demandas deve alcançar uma dimensão importante, não bastando que tal controvérsia se concentre num número pouco expressivo de ações, até porque tal ocorrência, além de se verificar comum na prática brasileira, pode ser resolvida mediante outros meios processuais, mormente os recursos fundados em divergência jurisprudencial, não se justificando, em tais casos, a instauração de um procedimento do porte do IRDR.

4.6.1 O *Favor Libertatis* como princípio norteador de interpretação no Processo Penal: sua influência na tese a ser fixada no IRDR criminal

Ao tratar do princípio da isonomia no processo penal, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró³⁹³ enfatiza que embora essa garantia seja uma aspiração e um ideal a ser buscado pelo legislador, na disciplina legal do processo, e pelo juiz, na condução dos processos, não se trata de um princípio absoluto. Segundo o referido jurista, diz respeito a um princípio que comporta uma série de exceções, muitas delas decorrentes de outro princípio, também relevantíssimo do processo penal, o do *favor rei*.

Este princípio mostra relevância quanto a fixação de tese jurídica em sede de IRDR pois possui atributos norteadores da interpretação e conduzirá o incidente, dentro do dissenso interpretativo, a posição que menos prejudique o jurisdicionado.

Registre-se, neste passo, que o princípio *favor rei*, muito embora comumente utilizado como sinônimo de outros princípios do Direito Penal e Processual Penal, é, em verdade, gênero, do qual os princípios do *in dubio pro reo*, por exemplo, é uma das espécies.

Alexandre de Moraes³⁹⁴, ao tratar do princípio da inocência, observa que há muitas semelhanças entre ele e o *favor rei*, entretanto alerta que não podem ser confundidos, uma vez que este último é mais amplo e, inclusive, compreende o próprio princípio da inocência.

O princípio do *favor rei*, ou *favor libertatis*, consiste basicamente numa diretriz do Estado Democrático de Direito que dispensa ao réu um tratamento diferenciado, baseando-se precipuamente na predominância do direito de liberdade, quando em confronto com o direito de punir do Estado.

Nesta perspectiva, guarda forte correlação com os direitos humanos e com alguns institutos processuais, tais como a proibição da *reformatio in pejus*, absolvição por insuficiência de provas, e com diversos outros princípios, a exemplo da dignidade da pessoa humana, inadmissibilidade das provas ilícitas, ampla defesa, dentre outros.

Em se tratando de processo penal, ante as garantias estendidas ao jurisdicionado, o rigor técnico na leitura e compreensão da norma há de ceder perante os princípios do *favor rei* e do *favor libertatis*, devendo estes últimos constituírem fonte inspiradora da interpretação.

Isto significa que nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia

³⁹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. p. 55.

³⁹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003. p. 390.

interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu” (Rev. Crim. n° 366.588/4)³⁹⁵.

A propósito, o princípio processual do *in dubio pro reo*, que tem respaldo na presunção de inocência, roga que entre duas posições divergentes que possam gerar dúvida, deve-se resolver a demanda a favor do réu, e na interpretação de duas normas legais antagônicas, deve-se optar pela mais favorável ao réu³⁹⁶.

Não por outra razão que o próprio Código Processual Penal, em seu art. 615, § 1º, prevê que deve prevalecer a decisão mais favorável ao réu em caso de empate de votos no julgamento de recursos, ou seja, sobrevivendo dúvida, deve prevalecer o posicionamento mais favorável ao réu.

Neste passo, Gustavo Badaró³⁹⁷ considera que há inúmeras situações em que o *favor rei* cria uma posição de vantagem para o acusado, destacando os recursos que são privativos da defesa, como os embargos infringentes e a revisão criminal, que somente cabe *pro reo*, não havendo revisão criminal *pro societate*.

Desta feita, tendo em vista que objetivo basilar do IRDR é minimizar o dissenso pretoriano e a dispersão jurisprudencial excessiva, garantindo a isonomia e a segurança jurídica, é razoável considerar que, durante seu trâmite, caso haja eventual antinomia interpretativa entre preceitos normativos, se opte pela interpretação mais benéfica ao réu.

Certamente essa linha de raciocínio preza, de forma justificada, pelo adágio popular de que mais vale um culpado solto que um inocente preso.

Não obstante, deve-se almejar o ideal de uma condenação suficientemente embasada, sob pena de ineficácia do sistema penal, perpetuação da impunidade, além de prejuízos e insegurança à sociedade.

Nas exatas considerações de Gustavo Badaró³⁹⁸, quanto as questões eminentemente de direito, em que não há qualquer controvérsia fática, não havendo dúvida a ser eliminada pela atividade probatória, mesmo assim deve prevalecer a decisão mais favorável ao acusado. Não se tratará, contudo, de problema relacionado ao ônus da prova, muito menos a solução favorável ao réu será uma “regra de julgamento” que tenha por objeto a dúvida sobre um fato incerto. Na verdade, será mais um caso de aplicação do *favor rei*.

Essa e as demais interpretações hermenêuticas aqui apresentadas traduzem o esforço para pacificação ou minimização da violação ao direito humano à isonomia, no plano

³⁹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. p. 109.

³⁹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006. p. 48.

³⁹⁷ *Ibidem*. p. 49.

³⁹⁸ *Ibidem*. p. 109.

panprocessual penal, por meio de uma nova sistematização e implementação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em matéria criminal.

4.6.2 Peculiaridades do procedimento do rito do IRDR na seara criminal: a problemática questão da suspensão do prazo prescricional

Ainda neste recorte epistemológico, há outro argumento a robustecer a proposta de aplicação do IRDR em seara penal. A premissa se volta a fase de pós-admissão do incidente, especialmente quanto a suspensão dos processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme dispõe o art. 982, inciso I, do CPC.

Essa questão torna-se relevante, em sede de processo penal, pois ainda há quem sustente que o instrumento não é compatível com processos criminais pois importa em suspensão dos feitos sem implicar em suspensão dos prazos prescricionais. Foi o alegado, por exemplo, no IRDR nº0016124-77.2016.4.03.0000/SP, que tramitou perante o TRF da 3ª Região, sob relatoria do Des. Maurício Kato.

Para enriquecer este debate, translada-se alguns aspectos jurídicos apresentados no RE 966177 RG-QO/RS. Neste, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 07/06/2017, noticiado no informativo nº 868, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a suspensão dos processos em curso não é obrigatória.

Em igual sentido, considera-se o exemplo prático oriundo do IRDR nº2103746-20.2018.8.26.0000 – TJSP³⁹⁹, o primeiro julgado em matéria criminal no país, no qual apenas o processo paradigma foi suspenso.

Neste passo, impende aferir se em razão da literalidade da redação trazida pelo art. 982, inciso I, do CPC evidenciar sua cogência, o sobrestamento previsto pelo dispositivo seria, efetivamente, consequência automática da admissão do incidente em material criminal, e assim caso ocorresse, se importaria na suspensão ou não dos prazos prescricionais.

³⁹⁹ INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NATUREZA DA DECISÃO QUE DEFERE A PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA, PARA SE DEFINIR O MARCO INICIAL A SER CONSIDERADO COMO DO IMPLEMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE POSICIONAMENTOS DIVERGENTES ENTRE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL DESTE TRIBUNAL. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA CONFIGURADO. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DO ART. 976 DO CPC. INCIDENTE ADMITIDO. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS SUSCITADO EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA NATUREZA DA DECISÃO QUE DEFERE A PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA, PARA SE DEFINIR O MARCO INICIAL A SER CONSIDERADO COMO DO IMPLEMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INDICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE POSICIONAMENTOS DIVERGENTES ENTRE CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL DESTE TRIBUNAL. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA CONFIGURADO. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DO ART. 976 DO CPC. INCIDENTE ADMITIDO.

Quanto a esta questão cabe, de plano, estabelecer a seguinte premissa: embora a sistemática do IRDR vise a preservar a organicidade do direito em debate, impende que se faculte ao relator dispor, discricionariamente, acerca da possibilidade de sobrestamento, impossibilitando a modulação de efeitos, por exemplo.

Essa tenacidade procedimental encontra subterfúgios nos processos criminais. Cabe mencionar, exemplificativamente, os temas já reconhecidos como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal que, embora versem sobre matéria penal, não tratam, diretamente, da constitucionalidade de uma determinada figura típica, mas, dispondo sobre questões concernentes aos critérios para aplicação da pena ou sobre institutos de natureza processual, aplicam-se, indistintamente, a todos ou a uma considerável parcela dos delitos previstos pelo legislador pátrio, o que justificaria, em tese, a suspensão de todos os processos pendentes.

Entretanto, caso se considerasse que o sobrestamento dos feitos correlatos fosse uma consequência necessária da repercussão geral, todos os processos penais em tramitação no território nacional que, por exemplo, envolvessem réus potencialmente reincidentes seriam suspensos se o STF afetasse à sobredita sistemática a discussão concernente à constitucionalidade do instituto da reincidência enquanto circunstância qualificadora.

Não é razoável considerar que esta seria a intenção preconizada pelo legislador, uma vez que uma consequência de tal natureza comprometeria, em caráter irreversível, a efetividade da persecução penal.

Em igual sentido, revela-se possível mensurar a existência de questões de outras ramificações do direito que embora tenham sua repercussão geral constitucional reconhecida, não justificariam, por seu relevo e natureza, o sobrestamento irrestrito de todas as relações processuais que delas tratassem, sob pena de desprestigiar a preservação da segurança jurídica,

A propósito, é por circunstância semelhante que existe, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, mecanismo processual que possibilita ao STF, mesmo diante do reconhecimento da inconstitucionalidade de ato normativo, modular, visando à preservação da segurança das relações jurídicas consolidadas, os efeitos, no tempo, da declaração de nulidade realizada. O substrato teórico desta definição encontra-se previsto no próprio RE 966177 RG-QO/RS.

Deveras, quanto a suspensão dos processos no IRDR criminal, é prudente que se faculte ao relator do paradigma não apenas dispor se, conforme as circunstâncias peculiares de cada IRDR, irá ou não determinar o sobrestamento dos processos correlatos, como também, se for o caso, modular os efeitos de tal sobrestamento.

Por consequência, em se entendendo que a sobredita determinação de sobrestamento consiste em questão afeta à discricionariedade do relator, mostra-se imperativo apontar que não consistirá ela em consequência automática da admissão do IRDR, dependendo, assim, da necessária prolação de despacho do relator para produzir efeitos.

Por fim, neste plano preliminar de análise, outra ressalva merece ser efetuada: o art. 982, inciso I, do CPC, aponta, expressamente, que apenas os processos pendentes que versem sobre a mesma questão do paradigma podem ser sobrestados.

Isto significa que, ao transplantar o instituto para a seara processual penal, os inquéritos policiais e demais procedimentos investigatórios correlatos, independentemente de serem conduzidos pela Autoridade Policial ou Ministério Público, não serão alcançados pela ordem de sobrestamento exarada do relator do IRDR.

Essa impossibilidade decorre da ausência de angularização que é inerente as demandas judiciais, inclusive a não justificar a exigência de observância do princípio do contraditório, de modo que não podem, tecnicamente, serem qualificados como processo, mas sim como procedimento.

Estabelecidas estas premissas normativas, passa-se a análise da suspensão do prazo prescricional na aplicação do IRDR criminal, a qual, diferentemente da suspensão do processo, não encontra previsão no CPC, ante as peculiaridades dos feitos civis e penais.

Desta forma, faz-se necessário estabelecer uma concepção teórica seguramente linear que forneça subsídios concretos a prática do IRDR penal.

Pois bem. Impende ressaltar que o julgamento do mérito do IRDR deve ocorrer no período de 01 (um) ano, conforme dispõe o art. 980, *caput*, do CPC. O referido prazo enquadra-se como impróprio já que, a rigor, não se pode considerar como sansão a liberação, após o transcurso *in albis* daquele termo, do trâmite dos processos que até então estavam suspensos.

Na trilha deste raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni⁴⁰⁰ considera que os prazos impróprios existem para moldar o cumprimento de deveres e, por essa razão, o seu descumprimento não gera impossibilidade de praticar posterior ato.

Tal situação oferece reflexos peculiares ao IRDR que tratar de matéria criminal, uma vez que, no transcurso deste período, a pretensão manifestada no processo (pretensão punitiva) está sujeita a prazos prescicionais.

Ora, faz-se imperioso alcançar através do procedimento do IRDR uma solução que permita o julgamento do *leading case* pelo tribunal e dos processos idênticos pendentes, após a

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 2015, p. 119.

reflexão e amadurecimento da sua compreensão sobre as questões que lhe são apresentadas, sem que a decisão em seguida proferida se esvazie de efetividade pela prescrição da pretensão punitiva.

Diante deste conflito entre prazo para julgamento e o alcance de uma decisão judicial cujo teor seja racional, coeso e efetivo (ou efetível), o IRDR, por mais legítimos que sejam seus propósitos (celeridade processual e unidade do direito), pode incorrer em afronta a outros valores constitucionalmente tutelados, sobretudo nos processos criminais, como a liberdade.

Isso se dá em razão do instituto em questão causar a paralisação da ação penal, sem, contudo, haver previsão legal expressa de sustação do prazo prescricional do delito *sub examine*.

Atualmente, são hipóteses de suspensão da prescrição expressamente previstas no ordenamento jurídico nacional: i) os incisos I e II do artigo 116 do Código Penal tratam, respectivamente, da questão a ser resolvida, em outro processo, da qual dependa o reconhecimento da existência do crime e da suspensão enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro; ii) o artigo 366 do Código de Processo Penal estabelece a suspensão do processo e do prazo prescricional quando o réu citado por edital não comparecer nem constituir defensor; iii) o artigo 368 do Código de Processo Penal fixa a suspensão nos casos de acusado citado em Estado estrangeiro mediante carta rogatória; iv) o parágrafo 5º do artigo 53 da Constituição Federal determina a suspensão do prazo prescricional, em razão da sustação do andamento da ação, enquanto durar o mandado do parlamentar contra o qual foi recebida a denúncia, conforme parágrafo 3º do mesmo dispositivo; v) o parágrafo 6º do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 prevê a suspensão da prescrição em casos de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo; vi) o artigo 9º da Lei nº 10.684/2003 (objeto da ADI 3002, distribuída ao Min. Celso de Mello) determina a suspensão da prescrição de determinados delitos que elenca, quando há inclusão do agente em regime de parcelamento tributário.

As situações indicadas acima possuem em seu âmago o pressuposto da existência de um fato que impeça a atuação do Estado-acusador, o que decorre de aplicação do princípio interpretativo *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

Numa guinada hermenêutica, o Ministro Luiz Fux, ainda em sede de julgamento do RE 966177 RG-QO/RS, reconheceu que, por exclusão, não há, no ordenamento jurídico nacional, previsão expressa para a suspensão do prazo prescricional incidente nas ações penais que, por decisão do relator do recurso extraordinário paradigma, tiverem sido sobrestadas em virtude da sistemática da repercussão geral constitucional.

A solução para esta questão se volta a necessidade de explicitação dos limites aos quais esse mecanismo, criado para assegurar a celeridade processual e uniformização das decisões judiciais, será submetido, sob pena de violação de outros princípios de igual estatura constitucional⁴⁰¹.

O artifício eleito para o recurso extraordinário com repercussão geral acima mencionado pode ser trasladado com perfeito encaixe ao IRDR criminal, considerando os similares objetivos envolta da uniformização da jurisprudência e celeridade processual.

Apresenta-se, neste ponto, uma proposta voltada a explorar um delineamento normativo já existente no Código Penal, o qual se aninha a uma das previsões de suspensão do prazo prescricional no âmbito dos processos criminais sobrestados.

A alternativa para realizar a contento essa etapa vital para a formação do precedente no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas Penal parte do modelo oferecido pelo Código Penal em seu art. 116, inciso I, do Código Penal, cujo teor dispõe que “antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime”.

Deste texto legal desponta um parâmetro para a estabilização do procedimento. Projeta-se, então, que se aplique a técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição para que se proceda um exame da hipótese fático-processual prevista no art. 116, I, do CP, sendo justamente uma das causas de suspensão da prescrição já reconhecidas pelo legislador pátrio.

Neste toar, não se pretende criar uma modalidade de suspensão de prazo prescricional até então não prevista em lei, mas sim de extrair, por meio de um legítimo exercício de hermenêutica constitucional, que a hipótese de suspensão de prazo prescricional necessária e ideal para se empregada no IRDR criminal já se encontra prevista no ordenamento.

Para endossar esse discurso, considere-se a suspensão dos processos sem a suspensão dos prazos prescricionais em sede de um IRDR que debata a quantidade de drogas necessária para a configuração do crime de tráfico.

Note-se que, enquanto o Ministério Público fica totalmente impedido de exercer a pretensão punitiva estatal, o prazo prescricional continua correndo, o que ensejará a extinção da punibilidade, paradoxalmente, pela demora no seu exercício.

Esse cenário expõe de forma cristalina não só o cerceamento da prerrogativa acusatória do *parquet*, mas também a violação da paridade de armas, que é corolário do princípio do contraditório.

⁴⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 1.183-1.186.

Isto porque, de um lado, o acusado se beneficia da prescrição em andamento, enquanto de outro, o órgão acusador nada pode fazer senão aguardar o julgamento do mérito da controvérsia debatida em sede de IRDR, enfrentando, muitas vezes, a causa extintiva de punibilidade pela mora que não deu causa, tudo resultando na impunidade do réu.

Não por outro motivo que o princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, advoga a proteção dos direitos fundamentais não apenas contra os excessos estatais, mas também contra a proteção jurídica insuficiente.

A proteção insuficiente⁴⁰² pode restar evidenciada nos casos em que o Estado demonstra desinteresse ou omissão na efetiva aplicação das sanções penais, renunciando o seu dever de proteger os bens jurídicos mais relevantes para sociedade tutelados pelo código repressivo.

A contribuição dialética quanto a suspensão do prazo prescricional em sede de IRDR criminal se traduz da seguinte forma: dentre as diversas interpretações possíveis para o inciso I do art. 116 do CP, cabe adotar, no âmbito do IRDR penal, aquela que se afigure como conforme a Constituição, isto é, a que melhor resguarde os demais fundamentos constitucionais potencialmente afetados, como a proteção da prerrogativa acusatória do Ministério Público para o exercício da pretensão punitiva estatal, a proteção ao princípio da paridade de armas e a vedação à proteção penal insuficiente.

Deve-se, então, adotar a interpretação que compreenda a suspensão do prazo prescricional para aferição da questão de direito debatida nas demandas pendentes enquanto fator externo condicionante ao prosseguimento da persecução penal.

Reitere-se, por oportuno, que o inciso I do art. 116 do CP prevê como hipótese de suspensão do prazo de prescrição da pretensão punitiva a ausência de resolução, “em outro processo, de questão de que dependa a existência do crime”.

Neste contexto, submetida ao IRDR discussão acerca de dispositivo legal passível de repercutir na tipicidade formal e material, antijuridicidade ou reprovabilidade de uma determinada conduta, mostra-se perfeitamente razoável afirmar, inclusive em observância a parâmetros literais de hermenêutica, que, com a seleção de um processo paradigma para julgamento da questão e sobrestamento dos demais que versarem sobre o mesmo objeto, estará pendente de resolução, “em outro processo” (no processo paradigma), “questão de que dependa a existência do crime” que é cogitado nos processos sobrestados.

⁴⁰² Na hipótese de não ser promovida a suspensão do prazo prescricional, insta reconhecer um eventual empecilho ao exercício do dever estatal de proteção social, na medida em que a fragilização da tutela penal do Estado, mediante o impedimento do exercício regular da ação penal durante o período em que o feito restar sobrestado, deixam desassistidos direitos fundamentais como a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, dentre outros que o Estado deve salvaguardar por intermédio da norma penal.

Reitere-se, conforme mencionando em linhas pretéritas, que não apenas a regra expressa no art. 116, I, do CP, como também todas as demais hipóteses de suspensão do prazo prescricional da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional possuem como pressuposto um fato que impeça a atuação do Estado-acusador.

Neste ponto, é de se afirmar que o reconhecimento da controvérsia apta a movimentar um instrumento processual do porte do IRDR constitui verdadeiro embaraço à resolução dos processos.

À guisa de conclusão, no âmbito do IRDR criminal, faz-se necessário que se interprete o art. 116, I, do CP conforme a Constituição, para o fim de se entender que a suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com questão de direito pendente e vinculada ao respectivo IRDR instaurado, considerando que o debate da questão, no incidente, também é prejudicial ao reconhecimento do crime cogitado nas ações penais sobrestadas.

Sendo então sobrestadas as ações pendentes e suspenso o prazo prescricional, caberá ao Juízo a possibilidade de determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável. Essa hipótese geral de modulação da suspensão da relação processual encontra previsão tanto na legislação processual civil quanto na processual penal.

No CPC essa previsão encontra-se disposta no art. 314, o qual prevê que “durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.”

Em igual sentido o art. 92, *caput*, do CPP, quando, prevendo a possibilidade de suspensão do curso da ação penal até a resolução definitiva de questão civil prejudicial concernente ao estado civil das pessoas, ressaltou que tal suspensão não obstava a inquirição de testemunhas, bem como a produção de outras provas de natureza urgente.

Trata-se, aliás, da mesma lógica adotada pelo art. 366 do CPP quando, ao prever a suspensão da ação e do curso do prazo prescricional nos casos de ausência do réu citado por edital, ressalva a possibilidade de o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes.

Esse arco legislativo apresenta um recorte teórico relevante para a tratativa do tema ao viabilizar a compreensão de que o sobrestamento de ações penais e a suspensão do prazo prescricional, quando determinado pelo relator do IRDR, com fulcro no art. 982, inciso I, do CPC, não inviabiliza a produção de provas de natureza urgente, medida que poderá ser adotada,

em todo o território nacional, conforme deliberação de conveniência e oportunidade a ser realizada pelo juízo competente, respectivamente, em cada demanda sobrestada.

Conferindo um realce hermenêutico a essa premissa estabelecida, não se visualiza também qualquer óbice para que seja adotada a mesma lógica de raciocínio no âmbito das prisões cautelares.

Agregue-se, neste ponto, que não cabe cogitar a possibilidade de manter um réu preso provisoriamente enquanto estiver completamente paralisado o curso da relação processual a que a prisão estiver atrelada e a fluência do prazo prescricional concernente às infrações penais cogitadas.

A rigor, em sendo decretada a prisão preventiva, o Estado-julgador, sob pena de revogação da segregação processual, deve promover as medidas que estiverem ao seu alcance para garantir que o juízo de formação da culpa se efetive, preferencialmente, no prazo mais exíguo possível, o que, por óbvio, se mostra incompatível com eventual sobrestamento da persecução por força da sistemática do IRDR.

Dentro deste elenco de razões, se visualiza como possível – invocando, repita-se, a sobredita lógica aplicável às medidas probatórias urgentes – é conferir ao juízo de origem a mesma discricionariedade para, ao entender como necessária a manutenção da prisão preventiva, afastar aquela ação penal específica do alcance da determinação de sobrestamento exarada pelo relator do IRDR, a ela conferindo regular prosseguimento, dando efetividade, se for o caso, até o limite, com a formação da culpa pelas instâncias ordinárias.

Pontue-se a necessidade, nestes casos, de se observar a identidade da *ratio decidendi* entre as demandas, uma vez que, na hipótese de ser instaurado o incidente, os processos suspensos, em razão da correlação com o processo paradigma, ficarão necessariamente sobrestados até a resolução da questão concernente àquele último.

Em síntese, tanto se mostra possível que o sobrestamento decorrente da adoção da sistemática do IRDR não obste a realização de medidas urgentes de produção de prova no âmbito dos expedientes sobrestados, quanto que, havendo prisão cautelar, o processo, em sua integralidade, enquanto perdurar a segregação provisória, escape ao alcance da determinação geral de suspensão.

Enfatiza-se por oportuno que, no prisma de exame da prisão provisória, não são apenas determinados atos processuais que devem ser considerados urgentes, mas todo e qualquer ato produzido naquela relação processual, o que justifica, numa última análise, que tais expedientes sejam esquivados, em sua integralidade, do regime de sobrestamento resultante da repercussão geral.

Das variáveis hermenêuticas aqui expostas, é possível sintetizar, a seguir, as principais proposições anteriormente expostas, sem almejar, contudo, uma proposta que transcenda os limites jurídicos e alcance as atribuições legislativas. O delineamento teórico aqui expressado visa tão somente somar potenciais elementos a estruturação do IRDR criminal no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste panorama, é possível considerar o seguinte: sendo constatada a multiplicidade de processos criminais com a mesma questão de direito, representando um risco para a isonomia e segurança jurídica, é cabível a instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, com fulcro no art. 976, incisos I e II do CPC *c/c* art. 3º do CPP.

Nesta linha de intelecção, é factível interpretar o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, no âmbito do processo penal, no sentido de alcançar dimensão relevante e causadora de prejuízos aos jurisdicionados, não devendo ser mensurado necessariamente e unicamente através de um número expressivos de ações, mas no potencial tratamento anti-isonômico que repercute na segurança jurídica.

Desta feita, admitido o IRDR criminal, nos termos do art. 982, *caput*, do CPC, têm-se como pertinente, diante das minúcias do processo penal, que a suspensão de processamento dos processos pendentes prevista no inciso I do mesmo dispositivo não consista em consequência automática e imprescindível ao prosseguimento do incidente, podendo ser ato discricionário do relator determiná-la ou modulá-la, dependendo, então, da prolação de despacho – pelo relator - para produção de efeitos.

Não obstante, sendo determinado o sobrestamento de processos de natureza penal, advoga-se a viabilidade da suspensão automática da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas⁴⁰³, a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do Código Penal.

Neste passo, não vislumbra-se óbice que sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 982, inciso I, do CPC, abranja ações penais em que haja réu preso provisoriamente, entretanto, é oportuno conferir ao juízo de origem discricionariedade para, ao entender como necessária e imprescindível a manutenção da prisão preventiva, especialmente objetivando a garantia da ordem pública, afastar justificadamente aquela ação penal específica do alcance da determinação de sobrestamento exarada pelo relator do IRDR, a ela conferindo regular prosseguimento, dando efetividade, se for o caso, até o limite, com a formação da culpa pelas instâncias ordinárias;

⁴⁰³ Em nenhuma hipótese o sobrestamento de processos penais determinado com fundamento no art. 982, inciso I, do CPC, abrangerá inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público.

Ademais, é oportuno considerar a hipótese de que, em qualquer caso de sobrestamento de ação penal realizado sob o prisma do art. 982, inciso I, do CPC, poderá o juízo de 1º grau, no curso da suspensão, proceder, conforme à necessidade, à produção de provas de natureza urgente.

Inserir-se aqui, por oportuno, uma contribuição teórica de Flávia Moreira Guimarães Pessoa⁴⁰⁴ ao afirmar que no IRDR há um itinerário mais curto, com fases aglutinadas e bem demarcadas para a prática de atos postulatórios e probatórios, assim como delimitação temporal para a suspensão dos processos e emissão de um pronunciamento final.

Para a autora, seria um contrassenso edificar uma técnica processual tendente a dirimir a litigiosidade de massa danosa ao fator tempo e não dotá-la de um rito célere até o fim.

⁴⁰⁴ PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; OLIVEIRA, Alex Maia Esmeraldo de. **A controversa intervenção pessoal e direta dos interessados no IRDR: a defesa de uma participação qualitativa por meio do contraditório como direito à influência**. In: *Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código Processual Civil*. CNJ. OAB Editora Nacional, 2021. p. 266.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi concebido pelo Código Processual Civil de 2015 visando-se obter a pacificação dos dissensos pretorianos e dispersão jurisprudencial excessiva diante da multiplicidade de processos em que se discute a mesma questão de direito.

O IRDR é uma técnica processual com previsão legal nos artigos 976 a 987 do CPC/2015, que busca a definição e a adoção de uma tese sobre uma questão recorrente num considerável número de processos com possibilidade de provocar decisões conflitantes.

Desta feita, para assegurar a uniformidade das decisões sobre a mesma questão jurídica, o incidente é instaurado em tribunal de 2ª instância e sua respectiva decisão de mérito será vinculante para as demandas sobrestadas e para aquelas posteriormente propostas que envolvam a temática já decidida.

O referido mecanismo processual pode ser instaurado quando constatada a multiplicidade de processos com a mesma questão de direito, representando um risco para a segurança jurídica e para a enfatizada isonomia.

Ressalte-se, neste passo, que a isonomia compõe o rol de direitos humanos consignados em diplomas internacionais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, cuja ratificação, no Brasil, ocorreu em 1992.

Seguindo esse substrato legal, o direito à igualdade deve prevalecer frente ao Poder Legislativo, à Administração Pública, ao Poder Judiciário, ao Tribunal Constitucional e até ao próprio particular, sendo resguardado a todos indivíduos a igualdade perante a lei e a igualdade na aplicação da lei.

Nesta última hipótese, a sujeição ao princípio da isonomia recai ao intérprete da norma jurídica. Isto porque a interpretação dos textos legais reclama atenção à própria unidade sistêmica, à força normativa da Constituição e a aparente tradição jurisprudencial do ordenamento jurídico pátrio.

A sua inobservância demonstra uma necessária intervenção teórica que vise o aperfeiçoamento dos métodos procedimentais utilizados na produção judicial, de modo que as decisões judiciais atendam não só a valores de equidade processual, mas também confira um realce a identidade de segurança jurídica através de um pleno exercício da isonomia, seguindo a premissa de que causas que possuam assimetria fática e jurídica recebam iguais veredictos.

São suscitadas outras máculas oriundas de uma volatilidade jurisprudencial excessiva e dissenso pretoriano, todavia, em observância ao recorte temático proposto, a igualdade é o alvo recorrente das principais investidas teóricas.

A produção acadêmica alcança o núcleo do problema teórico em investigação ao identificar um cenário de dispersão jurisprudencial e decisões díspares em casos iguais nas demandas criminais, travando-se uma batalha dualista, onde de um lado se encontra a cognição judicial ilimitada, e de outro o postulado da isonomia e o direito à liberdade dos indivíduos.

E é numa tentativa de apresentar uma resposta a esta questão que se perfilhou a utilização do IRDR nos processos penais, sob a égide do processo-modelo validado pela Constituição Federal, subsidiando no aporte legislativo do referido procedimento que aposta na busca pela unificação da jurisprudência e no almejado estancamento de violações a isonomia e segurança jurídica nos processos judiciais.

O IRDR apresenta-se como uma promissora técnica para os fins acima descritos. A concepção deste novel instituto fora influenciada pela experiência alemã do *Musterverfahren*. A partir do procedimento germânico é possível promover o julgamento em bloco de processos repetitivos utilizando-se de decisões-modelo oriundas da análise de causas-piloto.

Nesta perspectiva, além da sobredita influência, o IRDR apresenta uma aproximação entre os sistemas jurídicos *civil* e *common law*, diante do intento legislativo em valorar e utilizar, no ordenamento jurídico pátrio, precedentes judiciais vinculativos, visando afastar posicionamentos divergentes – contrastes jurisprudenciais -, e assegurar a uniformização da jurisprudência, revestindo a produção judicial com atributos imprescindíveis a uma prestação jurisdicional justa e efetiva, sendo: igualdade, coerência, estabilidade, previsibilidade e integridade.

Apesar disto, embora verifique-se tratamentos dissemelhantes em processos penais, mesmo em casos que repercutem diretamente na liberdade dos jurisdicionados, como é o caso do emblemático julgamento do cabimento (ou não) da prisão após a condenação em 2ª instância, o IRDR, cuja função originária é estabilizar a decisão judicial, não possui previsão expressa de aplicabilidade nas demandas criminais.

A despeito de tal fato, outras disposições legais sugerem uma integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum, qual seja, a Constituição Federal de 1988.

Apesar de haver alguma resistência, é sólida a corrente que defende a existência de uma Teoria Geral do Processo. Com efeito, verifica-se uma relevante interseção entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, especialmente no que se refere os conceitos

estruturais, tais como: ação, processo, procedimento, jurisdição, nulidades, provas, dentre outros, o que, por óbvio, não afasta as peculiaridades de cada um dos ramos.

Não sem razão foram estatuídos os comandos normativos do artigo 3º do Código Processual Penal, artigo 15 do Código de Processo Civil e artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Decreto-lei nº4.657/42, os quais reclamam a necessária aplicação da teoria do diálogo entre as fontes.

Noutra perspectiva, há de se destacar que mesmo antes do advento do CPC/2015, a jurisprudência pátria já era pacífica quanto a aplicabilidade das disposições do CPC/73 ao CPP. A título exemplificativo, enfatiza-se o precedente⁴⁰⁵ da 5ª turma do STJ que assentou a utilização do princípio da cooperação no processo penal, com base na aplicação subsidiária do CPC/2015, admitindo que o juiz intime o *parquet* para complementar a denúncia, apresentando o rol de testemunhas.

Somando-se a isto, o próprio Código Processual Penal reconhece o diálogo com o Código Processual Civil, tendo em vista a natureza processual de ambos. É o caso da previsão insculpida no artigo 362 do CPP, que acolhe o uso da citação por hora certa, remetendo, todavia, a disciplina do procedimento para os artigos 227 a 229 do CPC/1973.

Desta feita, é diante deste panorama que se conclui que embora o IRDR esteja previsto no Código de Processo Civil, a sua aplicação não se encontra limitada as demandas cíveis, tendo em vista que, à princípio, não se mostra incompatível com outros ramos específicos, como o Processo Penal, do Trabalho ou Eleitoral.

No que concerne a aplicabilidade do IRDR em processos penais, há quem sustente que o instrumento não é compatível com as demandas criminais pois importa em suspensão dos processos sem implicar suspensão dos prazos prescricionais. Essa argumentação, entretanto, encontra-se fadada ao insucesso.

Isso porque a suspensão dos feitos que se tenham questões de direito afetadas em IRDR, tal como ocorre nos Recursos Repetitivos, evidentemente não é obrigatória, conforme entendimento adotado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Péricles Pisa, no IRDR nº 2103746-20.2018.8.26.0000, o primeiro em matéria criminal no país.

Embora verifique-se um recurso resolutivo no plano prático, fora apresentada outra possibilidade, qual seja, a de determinar o sobrestamento de processos de natureza penal e a suspensão da prescrição da pretensão punitiva relativa aos crimes que forem objeto das ações penais sobrestadas a partir de interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do Código

⁴⁰⁵ RHC 37.587-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 16/02/2016, Dje 23/02/2016 (informativo n. 577).

Penal, devendo ser este um ato discricionário do julgador ao constatar a necessidade ou a imprescindibilidade da medida.

Dos prognósticos expostos ao longo desta pesquisa acadêmica, e seguindo a guinada hermenêutica protagonizada pelo Ministro Luiz Fux em sede de julgamento do RE 966177 RG-QO/RS, foram sintetizadas as principais proposições que consagram o cabimento do IRDR no processo penal.

Avançando nos critérios normativos para o conhecimento do IRDR criminal, e objetivando estabelecer um marco interpretativo que vise nortear o julgamento das questões de direito repetitivas através do incidente em questão, foram indicados os princípios do *favor rei* e *favor libertatis*.

A proposta resolutiva resvala na ideia de que ao se constatar duas ou mais posições divergentes que possam gerar dúvida ou dissenso, deve-se resolver a demanda a favor do réu, e na interpretação de duas normas legais antagônicas, deve-se optar pela mais favorável ao jurisdicionado, amparando-se além dos princípios acima mencionados, no preceito do *in dubio pro reo*.

As proposições teóricas aqui apontadas não possuem o condão de estabelecer uma resposta definitiva aos problemas e questões que emergem do dissenso pretoriano em seara processual penal e reverberam negativamente aos direitos humanos e garantias constitucionais.

A demonstração da possibilidade de utilização do IRDR como mecanismo processual apto a colaborar para a minimização da dispersão jurisprudencial excessiva almeja, essencialmente, fornecer subsídios teóricos ao debate de uniformização da jurisprudência, bem como visa auxiliar no aperfeiçoamento do referido mecanismo no ordenamento jurídico pátrio, utilizando-o como meio de estabilização, integração e alcance de coerência nas produções judiciais, de modo a prestigiar, desta forma, o Direito Humano à Igualdade, aqui tratado sob a égide processual.

Seguindo essa linha construtiva, o capítulo inaugural da dissertação centrou-se em abordar o sistema protetivo de direitos humanos. A abordagem perpassou pela compreensão da evolução sociológica, filosófica e jurídica destes direitos, fazendo-se um conectivo entre esses diferentes caminhos evolucionais até se chegar aos atuais diplomas de cunho internacional, os quais posteriormente foram aderidos pelo sistema jurídico interno brasileiro.

O segundo capítulo avultou-se a concepção do direito humano a igualdade e sua atual alocação nos textos que disciplinam as garantias inerentes a todos os seres humanos. Partiu-se, então, do seu esboço histórico e elevou seu âmago as fases de criação legislativa, perante a norma e no momento de sua aplicação.

Por conseguinte, ambientou o direito humano à isonomia nas relações processuais do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando um panorama de instabilidade das produções judiciais em âmbito processual penal descompassadas com os Direitos Humanos, em especial à igualdade, e realizando uma conexão com a proposta epistemológica desta pesquisa.

O terceiro capítulo examinou o sistema precedentalista oriundo das práticas forjadas no *common law*. Neste passo, foi promovido um intercâmbio deste instituto com as práticas do direito codificado herdado pela tradição romano-germânica, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa interação entre as duas grandes famílias jurídicas ocidentais mostrou-se imprescindível à compreensão dos aportes do sistema de precedentes na *práxis* brasileira, especialmente diante do Código Processual Civil de 2015 o qual apresentou, com o fito de uniformizar a jurisprudência pátria e garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica e isonomia processual, as seguintes exigências diretamente ligadas a atividade jurisdicional: integridade, coerência e estabilidade.

Em sequência, e adentrando na faceta substancial desta dissertação, foram expostas considerações acerca do precedente judicial na dimensão do direito à igualdade. Nesse contexto, enveredou-se por aspectos introdutórios do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em decorrência deste ostentar o *status* normativo de precedente, sendo ele referenciado como um instrumento apto a consagrar a isonomia nas produções judiciais.

O quarto e último capítulo consagrou o recorte temático da pesquisa. O direito humano à igualdade foi analisado sob a égide do procedimento do IRDR, sendo reforçadas, então, as situações de instabilidade das decisões judiciais na seara penal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** Revista de Processo, v. 40, n. 240, p. 221-242, fev./2015, p. 222.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 217.

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; BAHIA, Saulo José Casali; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Direito Internacional dos Direitos Humanos I.** Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 10/11.

ALBAN, Thiago Anton. **Súmula vinculada: uma análise hermenêutica da súmula vinculante.** Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2012. p. 68.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos.** p. 63, nota 48.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução por Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo, 2008. p. 194.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 54.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Cia das Letras, São Paulo, 1988, p.134

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133. In: TEMER, Sofia, **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** Conforme Novo CPC. Editora Juspodium. Salvador, 2016. p. 39.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais.** Para além da proteção de interesses individuais homogêneos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41.

ARISTÓTELES. **A Política.** Editora La Fonte. São Paulo, 2021. p. 136/137.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro.** 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 564.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 15. ecl. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 51-55; Marinoni, Arenhart e Mitidiero, **Novo Curso de Processo Civil.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

AYRES, Lucas Carezzato. **Em tempos de instabilidade, Justiça tem papel crucial na credibilidade do país.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-21/lucas-ayres-seguranca-juridica-tempos-instabilidade>. Acesso em 09 de junho de 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. p. 55.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal**. Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 19.

Banco de precedentes permitirá acesso a todos os tribunais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-fev-23/banco-precedentes-permitira-acesso-todos-tribunais>. Acesso em 13 de julho de 2022.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte, fórum, 2006, p. 320-322.

BARBOSA, Adriano. **Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios – uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC**. In: MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). A força dos precedentes. Estudo dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 259.

BARBOSA, Daniel Favaretto. **"Reforma do judiciário", celeridade do processo e as "súmulas vinculantes": considerações para uma análise crítica da EC 45/2004**. RePro nº 138, ago./2006, p. 97.

BARILLI, Raphael Jorge de Castilho; LUCAS, Daniel de Souza. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e sua Posição na Teoria do Precedente**. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; PORTO, José Roberto Mello. Editora Juspodium. p. 275.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2ª ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre, 2013. p. 158.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Editora Zahar. Td. Marcus Penchel. pg. 68.

BÍBLIA, N. T. Evangelho Mateus e Lucas. **Bíblia Sagrada Almeida: novo testamento**. Atualizada. Português. SBB. 2018.

BILDER, Richard B. **An Overview of International Human Rights Law**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. p. 3-4.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo. Ed. Campus, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 07 e 14.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. 15ª Ed, 2004. P. 10.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Malheiros Editores. São Paulo, 1994. p. 76.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343** – SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº349.703** – RS. Relator Ministro Carlos Britto. Julgado em 03/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº191.836** - SP. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 02/10/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº202.940** – DF. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em 10/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 203.227**- DF. Relator Ministro Nunes Marques. Julgado em 17/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 203.387** – DF. Relator Ministro Roberto Barroso. Julgado em 18/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 201.912** – DF. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 14/05/ 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº131.0058** – MS. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento 16/03/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 4**. Relator Ministro Sydney Sanches. Julgado em 07/03/1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 43**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 44**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 54**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 07/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 966.177 RG-QO - RS**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 07/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 214.916 MC** – SP. Relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 02/05/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 129.946 - SP**. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 08/03/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.410** – RS. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp nº 1.686.212 - SE.** Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 23/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC nº164.149** – SP. Relator Ministro Jesuíno Rissato. Julgado em 24/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRG no RHC nº 162.593** – MG. Relator Ministro Olindo Menezes. Julgado em 17/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 590.039** – GO. Relator Ministro Ribeiro Dantas. Julgado em 29/10/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 583.995** – MG. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 15/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 640.770** – SP. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 15/06/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no RHC 163.279** - RS. Relator Ministro Jesuíno Rissato. Julgado em 24/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgReg em ERESP nº 279.889** – AL. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgado em 27/08/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EAREsp nº 600.811** - SP. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 04/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 532.769** – SC. Relator Ministro Jorge Mussi. Julgado em 12/11/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RHC nº 162.394** – DF. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 17/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg nos EDcl no AREsp nº 2.084.715** – SP. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 17/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRG no RHC nº 165.593 - MG.** Relator Ministro Olindo Menezes. Julgado em 17/05/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 241206** – SP. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 11/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC nº 37587** – SC. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 16/02/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1483780** - PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 23/06/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. **IRDR nº0016124-77.2016.4.03.0000.** Relator Desembargador Maurício Kato. Julgado em 20/04/2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 637.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: volume único**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 979 – arquivo digital.

BUHRING, Marcia Andrea; CAVALHEIRO, Alice Corso Cavalheiro. **Evolução histórico-conceitual do princípio da igualdade e os limites da discriminação legal**. Revista Direito em Debate. A no X IV nº 26, jul./ de z. 2006, p. 81-104.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012. p. 326.

CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.147-1.418, 1.423, 1.427.

Carta das Nações Unidas, 1945. Disponível em <https://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>. Acesso em 08 de janeiro de 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009. p. 66.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 15, 79, 131, 132, 145, 268.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 425-442.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 2003, p. 1.183-1.186.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2007. p. 336-338.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego no Direito?** ISBN 978-85-8440-862-7. p. 104.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e Argumentação. A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Editora Juruá. Curitiba, 2009. p. 56.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A natureza do processo judicial**. Trad. de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. Editora Saraiva, 5ª ed. São Paulo, 2018. p. 23.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional**. In: Didier JR., Fredie (org.). Teoria do

processo-panorama doutrinário mundial-segunda série. Salvador: Juspodium, 2010, v. 1, p. 615-644.

CAVALCANTI, João Hélder Dantas. **O direito à igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial**. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, 2007. p. 161/174.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. Coleção Liebman. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 24. 251.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas**. Salvador, Juspodium, 2015. p. 320-321.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: 11, Mulino, 2008. p. 49 e 125.

CONJUR: **Principais decisões do STJ no ano envolveram polícia e recuperação judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-31/principais-decisoes-stj-ano-envolveram-policia-recuperacao-judicial>. Acesso em 16 de fevereiro de 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3ª edição, revista e ampliada. Editora Saraiva, 2013. p. 10.

CORIPUNA, Javier Adrián. **La jurisprudência vinculante de los altos tribunales como limite al principio de independencia judicial. Estudios al precedente constitucional**. Coord. de Edgar Carpiá Marcos e Pedro P. Grandéz Castro. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 116-117.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 222.

CRUZ, Luiz Felipe Ferreira Mendonça. **Ações Afirmativas e o Princípio da Igualdade**. Universidade de São Paulo, 2011. p. 12.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentário ao art. 489. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015. p. 1.235.

CUNHA, Leonardo Carneirada. **O regime processual das causas repetitivas**. Revista de Processo. vol. 179, jan/2010 (versão digital).

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O regime processual das causas repetitivas**. In: *RePro*. São Paulo: ed. RT, n. 179, jan., 2010, p. 138, 149.

DANTAS, Bruno. **Comentários ao capítulo VII do título I do Livro III do CPC: do incidente de resolução de demandas repetitivas**. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.179.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. Sexta edição. Revista e atualizada. Editora Foco. Indaiatuba/SP, 2021. p. 515.

Declaração Unânime dos Treze Estados Unidos da América. Disponível em: https://agal-gz.org/faq/lib/exe/fetch.php?media=gze-ditora:declaracao_da_independencia_eua.pdf. Acesso em 12 de fevereiro de 2022.

Deutsche Telekom ganha processo histórico contra 17.000 acionistas. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/deutsche-telekom-ganha-processo-historico-contra-17-000-acionistas/>. Acesso em 21 de abril de 2022.

Digesto: “*cum igitur hominum causa ommne ius constitutum sit...*”. Consultado na obra de Idelfonso García Del Corral, **Cuerpo del derecho civil romano**. Jaime Molinas ed., Barcelona, 1889, t. I.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. Juspodium, 2016. p. 118.

DIDIER JR., Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial**. In: Parte Geral – Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª edição revista e atualizada. Org. Fredie Didier Jr. Editora Juspodium, 2016. p. 246.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Julgamento de casos repetitivos**. Salvador: Juspodivm, 2016 p. 146.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 07015029820188070011**. Ministro Relator Diaulas Costa Ribeiro. Julgado em 06/05/2021.

DUXBURY, Neil. *The Nature of Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 12-13.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 2.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade**. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2005. Tradução por Jussara Simões. p. 25.

FACCI, Lucio Picanço. **A proibição de comportamento contraditório e o novo Código de Processo Civil**. In: Parte Geral – Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada. 2ª edição revista e atualizada. Org. Fredie Didier Jr. Editora Juspodium, 2016. p. 434/435.

FARBER, Daniel A. **The rule of law and the law of precedents**. Minnesota Law Review, vol. 90, p. 1.183-1.184, 2005.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Princípio da Igualdade Jurídica**. São Paulo: Edusp e RT, 1973, p. 23.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**. In: VITALE, Ermanno (coord.) Diritti Fondamentali. Um dibattito teórico. 2. Ed. Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 22.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale.** 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 69.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo.** Editora JusPodium. 2ª Ed revista e atualizada. Salvador, 2016. p. 23, 82, 85, 90, 119, 177.

FINE, Toni M. **O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano.** Revista dos Tribunais, ano 89, v.782, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2000, p. 90.

GALVÃO, Danyelle. **Precedentes Judiciais no Processo Penal.** Editora JusPodium. São Paulo, 2022. p. 57, 99, 118, 149.

GAUTÉRIO, Maria de Fátima. **Etimologia e significado do termo direito.** JURIS, Rio Grande, 19: 77-99, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª Ed. Editora Atlas. São Paulo, 2016. p. 31/32.

GOMES, Karla Fernandez. **Os precedentes judiciais no Brasil e os princípios constitucionais da segurança jurídica, da razoável duração do processo e da igualdade.** RJurFA7, Fortaleza, v. XI, n. 1, p. 47-59, abr. 2014.

GORDON, Sarah. **Hitler, Germans and the “Jewish Question”** (Princeton: Princeton University Press, 1984), p.159-60.

GRECO, Leonardo. **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária.** Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2006, p. 296.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011. p. 13-15.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito.** Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Camara. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 5.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **(some) fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning.** Yale Law Journal 23 (1913/14), pp. 16 e ss.

JAGUNTTA, Katia Maria Amaral. **A importância dos precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil.** In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; BEDAQUE, José Barreto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro; ALVIM, Teresa Arruda. O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. Vol. III. P. 174-175

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19-20.

JÚNIOR, Gasi Said Laham. **A incorporação de Tratados Internacionais à Constituição Brasileira: A abertura internacional.** Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. 2017. p. 13.

JOTA: Moraes cassa decisão do STJ que concedeu HC coletivo a presos por tráfico privilegiado. Disponível em <https://www.jota.info/stf/do-supremo/moraes-cassa-hc-presos-trafico-de-drogas-03122021>. Acesso em 14 de fevereiro de 2022.

KANT, Emanuel. **Metaphysik – Metafísica dos Costumes.** Editora Vozes, 2013. p. 135.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF.** Revista Consultor Jurídico, 20 de agosto de 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf>. Acesso em 02/06/2022.

KIRCHER, Luís Felipe Schneider. **Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal.** Salvador: Juspodium, 2018. p. 164.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 126-127.

LEAL, Augusto Cesar. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.** Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília. p. 137,187.

LEITE, Martha Franco. **Julgamento por precedentes no Direito Brasileiro: avanço ou retrocesso na perspectiva do acesso à justiça?** Universidade Tiradentes. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado em Direitos Humanos. Aracaju, Brasil, 2016. p. 120.

LOPES JR., Aury. **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal>. Acesso em 16 de julho de 2022.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. **Sistema de Precedentes como Manifestação do Princípio da Eficiência no Processo.** Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016. p. 33.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the nile of law.** cit., 178.

MACHADO, Daniel Carneiro. **A (in)compatibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas com o modelo constitucional de processo.** Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.p. 89.

MALTZ, Earl. **The nature of precedent.** North Carolina Law Review, Chapei Hill, v. 66, jan. 1988, p. 371.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law.** RePro nº 172, jun./2009, p. 144.p. 487.

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. A luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 14, 87, 184, 227.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante.** 4ª ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 157.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema Brasileiro de Precedentes. Natureza, eficácia e operacionalidade.** 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 443.
- MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 2, São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 119 e 576.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** Editora Revista dos Tribunais. 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2016. p. 87, 89, 90, 113, 115.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 95, 192, 112, 113, 193, 209.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC.** 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2016. p. 65.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas.** Revista TRF1, v. 28, n. 5/6, p. 36-46, mai./jun. 2016, p. 26).
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil. volume 2. tutela dos direitos mediante procedimento comum.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 578.
- MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. **O Precedente na Dimensão da Igualdade.** In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord). **A força dos precedentes.** Estudo dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2012. p. 577/597.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições do *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 47, 2008, p. 18.
- MARQUÊS, José Frederico. **Estudos de direito processual penal.** Rio. Forense, 1960. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária.** S. Paulo, Saraiva, 1959. **Instituições de direito processual civil,** Rio, Forense, 1962. Manual de direito processual civil. S. Paulo, Saraiva, 1975.
- MARTINS, Humberto. **Musterverfahren: Considerações Sobre sua Dita Influência no Incidente de fluência no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.** In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Panoramas e Perspectivas. Coord. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes e José Roberto Mello Porto. Ed. JusPodium. p. 35, 36.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** Editora Atlas. São Paulo, 2018. p. 89.

MEDINA, Damares. **Instabilidade jurisprudencial no STF dificulta cultura de precedentes.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-set-28/damares-medina-instabilidade-decisoes-stf-gera-inseguranca>. Acesso em 28 de junho de 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10/11.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Código de Processo Civil.** Revista de Processo, v. 37, n. 211, p. 191-208, set./20123, p. 196, 206.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.** Rio de Janeiro, Forense, 2017. p. 5-7, 37, 50.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**, cit., p. 17. Ver, sobre a noção de sistemas jurídicos, DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996. Especificamente sobre o problema dos precedentes, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes. Justificativa do novo CPC.** São Paulo: RT, 2014.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p. 25.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: Da Persuasão à vinculação.** 2ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2017. p. 53.

Mutilação genital feminina: o que é e por que ocorre a prática que afeta ao menos 200 milhões de mulheres. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-47136842>. Acesso em 08 de janeiro de 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 5ª Ed. Revista, ampliada e atualizada. Editora Atlas. São Paulo, 1999. p. 61.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 13. ed. - São Paulo. Editora Atlas, 2003. p. 390.

MORAIS, Gisela Telles de Menezes. **O precedente vinculante na solução de controvérsias.** Revista de Direito da Faculdade Anhanguera de Jacareí, v. 14, n. 19, 2011. p. 33, 36.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 5, p. 4-5.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema jurídico brasileiro.** Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo, 2012. p. 18-19.

NASCHENWENG, Marcelo Elias. **Hermenêutica do Precedente: o cuidado da coerência e da integridade.** Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2019. p. 19.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1837.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 2006. p. 63.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. Ed, Salvador: JusPodium, 2016, p. 1415-1416

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere. A Vinculação aos Precedentes no Direito Comparado e Brasileiro**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2011. p. 168.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais. Triunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 82 e 373.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015. p. 32 – livro digital.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 211.

NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisão**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 189, set. 2011, p. 38.

OLIVEIRA, Bárbara Nazareth; GOMES, Carla de Marcelino; SANTOS, Rita Páscoa dos. **Os Direitos Fundamentais em Timor-Leste**. Teoria e Prática. Coimbra-PT, 2015. p. 373.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze. **Os Requisitos do IRDR: Entre o Procedimento-Modelo e a Causa-Piloto**. In: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Panorama e Perspectivas. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; PORTO, José Roberto Mello. Editora Juspodium. p. 57.

OLIVEIRA, Thais Hirata de. **Mecanismos Processuais de Gestão das Demandas Repetitivas pelo Poder Judiciário**. p. 118.

O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS? Disponível em <https://www.politize.com.br/direitos-humanos-o-que-sao/>. Acesso em 07/03/2022.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. **A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012, p.26.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez.** *Revista Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho – Universidad de Alicante), n. 14 (1993). Trad. Isabel Lifante Vidal. p. 215.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica.** 2ª ed, revisada e atualizada. Editora Jus Podium. Salvador, 2016. p. 137/138.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; OLIVEIRA, Alex Maia Esmeraldo de. **A controversa intervenção pessoal e direta dos interessados no IRDR: a defesa de uma participação qualitativa por meio do contraditório como direito à influência.** *In: Avanços do Sistema de Justiça: os 5 anos de vigência do Novo Código Processual Civil.* CNJ. OAB Editora Nacional, 2021. p. 266.

PICORELLI, Fernanda Estevão. **A Justiça e o Paradigma.** *Revista de Processo* nº 241, mar., 2015, p. 444.

PIMENTEL, Fabiano. **Provas, procedimentos e recursos criminais.** Atualizado com a lei anticrime 13.964/2019. p. 221, 222, 408, 416, 417, 427, 479, 490.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013. p. 183, 187/188, 364.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. **Teoria geral dos casos repetitivos.** Rio de Janeiro: LMj Mundo Jurídico, 2018, p. 113.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira.** *Revista dos Tribunais.* São Paulo, 2016. p. 70.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45, 153.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2018. p. 28, 38, 49.

RIBEIRO, Jeancezar Dittz de Souza. **Princípio da Igualdade no Direito Internacional Público e sua Aplicação nas Nações Unidas.** Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2015. p. 37.

ROCHA, Luciana da; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Sobre o precedente a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito.** *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.* Fortaleza – CE, nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010, p. 1277.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os Homens.** L&PM, São Paulo, 2008. pág. 234.

ROSSI, Júlio César. **O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas.** *Revista de Processo.* v. 37, n. 208, p. 203-240, jun./2012, p. 206.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de Justiça em Kant: seu fundamento na Liberdade e na Igualdade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995, p. 326.

SANTOSUOSSO, Fernando. **Juiz da Corte Constitucional italiana: L'incertezza del diritto nell'attività giurisprudenziale**. in: *La certezza del diritto: un valore da ritrovare*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 96 e ss.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **IRDR nº2103746-20.2018.8.26.0000**. Relator Desembargador Péricles Piza. Julgado em 07/11/2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **CJ 0014855-18.2022.8.26.0000**. Relatora Desembargadora Issa Ahmed. Julgado em 07/07/2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Um Dossiê Sobre Taxonomia das Gerações de Direitos**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, USP, 2016.

Sermão da Montanha. Versão Moderna. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/sermao_montanha_m.htm. Acesso em 02/02/2022.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 291.

SILVA, Adriano Rosa da. **Curso de Sociologia Jurídica**. Direito e Desenvolvimento Social. Editora Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2011. Pág. 260.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A evolução dos Direitos Fundamentais**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 6 (2005): 541-558.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de direito comparado: o que é a common law”, em particular, a dos EUA**. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 92, 1992, p. 172.

SOUZA, Artur César de. **Resolução de Demandas Repetitivas**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 125.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 145.

STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao art. 926. In: STRECK, Luiz Lenio; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coods.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo, Saraiva, 2016. p. 1186.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 62; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45,115, 116 145.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

TABORDA, Maren Guimarães. **O princípio da igualdade em perspectiva histórica.** R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 211: 241-269, jan.mar. 1998. p. 250-251.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial – autoridade e aplicação na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2010, p. 121, 122 e 123.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge.* Milano: Giuffrè, 1980. p. 39/42.

TARUFFO, Michele. **Precedentes e Jurisprudência.** Revista de Processo, São Paulo. n. 199, 2010. p. 03, 142, 143.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** Conforme Novo CPC. Editora Juspodium. Salvador, 2016. p. 201.

TIERNO, Patricio. Aristóteles. **A teoria política da constituição e a deliberação.** Universidade de São Paulo, 2008. p. 230.

THEODORO JR., Humberto. OLIVEIRA, Fernanda Alvim de. REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). **Primeiras linhas sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015).** Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 738.

Tratado de Paz entre as Potências aliadas e associadas e a Alemanha, e protocolo anexo, assinado em Versalhes ao 28 de junho de 1919. Disponível em <https://idi.mne.gov.pt/images/pdf/primeira-guerra/TVersailles.pdf>. Acesso em 16 de janeiro de 2022.

Tribunais de Alçada – anais do VI Encontro, Belo Horizonte, 1983. p. 40.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos.** Editora Peirópolis. São Paulo, 2011. pág. 05 e p. 94.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano.** Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Robério Cruz e. **Precedente Judicial como Fonte do Direito.** Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004. p. 180.

TUNC, Andre. **The not so common law of England and the United States, or, precedent in England and in the United States, a field study by an outsider.** The Modern Law Review, vol. 47, p. 165. In: CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério.** São Paulo: Atlas, 2018. p. 23.

VECCHIO, Georgio Del. **Philosophie du Droit.** p. 346.

VILAS-BOAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade.** Rio de Janeiro. Editora América Jurídica, 2003, p.3-16.

VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica.* Torino: Giappichelli, 2012. p. 2-3; Gustavo Just, Interpretando as Teorias da Interpretação. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 196-199.

WABIER, Tereza de Arruda Alvin. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – artigo por artigo.** 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 1583.

ZANETI JR, Hermes. **Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal).** In: DIDIER JR., Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). Coleção repercussões do Novo CPC: processo penal. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 460.

ZANETI Jr. Hermes. **O valor vinculante dos precedentes – Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes.** 2ª ed. Revista e atualizada. Editora JusPodium, 2016. p. 41.