



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
VINCULANTES AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Marcela de Almeida Leal Amaral

Rio de Janeiro
2018

MARCELA DE ALMEIDA LEAL AMARAL

A APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
VINCULANTES AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro

2018

A APLICAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES AO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Marcela de Almeida Leal Amaral

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo – O Código de Processo Civil de 2015 sistematizou o microsistema de precedentes judiciais vinculantes com o fim de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, mantê-la íntegra e estável. A inovação visa a promover a segurança jurídica e a celeridade da prestação jurisdicional. Tais garantias devem ser asseguradas com maior zelo nos processos penais, nos quais o bem jurídico envolvido é a liberdade. O trabalho pretende abordar os incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, não previstos no diploma processual anterior, e, a partir da reafirmação da Teoria Geral do Processo, defender a aplicação dos institutos ao direito processual penal, como meio de se alcançar a igualdade na aplicação da lei.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Novo Código de Processo Civil. Precedentes. Uniformização.

Sumário – Introdução. 1. O Incidente de Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como Instrumento de Uniformização da Jurisprudência. 2. Ciência processual: A Existência de uma Teoria Geral. 3. Os Precedentes Judiciais Vinculantes e a Possível Aplicação ao Processo Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho discute a possibilidade de se aplicar o conjunto de normas atinentes ao microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes, previsto no novo Código de Processo Civil, ao processo penal. A superveniência do novo diploma legal faz os olhares voltarem-se às inovações por ele trazidas, de modo que a pesquisa indica possíveis influências teóricas, com o fim de fomentar uma modernização democrática do sistema processual penal.

Procura-se demonstrar que a uniformidade da jurisprudência dos tribunais é importante para assegurar os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Portanto, não deve limitar-se somente ao processo civil.

Para tanto, abordam-se artigos acadêmicos e visita-se o texto legal para verificar se há um caminho de comunicação entre o direito processual civil e o direito processual penal.

O artigo 926 do novo Código de Processo Civil determina que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantê-la estável, íntegra e coerente. Com isso alcança-se maior celeridade processual e melhor eficiência da gestão de processos, além de evitar-se o odioso fenômeno denominado jurisprudência lotérica.

Em última análise o microssistema de formação de precedentes vinculantes garante a justiça das decisões. Daí a importância de estender-se ao processo penal.

O tema é recente e merece atenção ante o grande número de ações que tramitam nos tribunais do país.

O primeiro capítulo destina-se a apresentar o microssistema de formação de precedentes vinculantes descrito no novo Código de Processo Civil. Não há pretensão de esgotar o tema, mas, elaborar um panorama geral que permita compreender o funcionamento do conjunto de normas, em especial dois institutos inéditos: os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas. Desde o primeiro capítulo a isonomia e a segurança jurídica são exaltadas.

O segundo capítulo visa a estabelecer a premissa metodológica apta a justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Reconhece-se o papel central que a Constituição ocupa no sistema vigente, por consequência, irradia efeitos sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional. Defende-se a existência de uma Teoria Geral do Processo, rechaça-se os argumentos da corrente contrária, mas, admite-se a premente necessidade de se sistematizar os institutos fundantes desta teoria e separar o que cada ramo do direito processual apresenta de peculiar. É possível perceber, portanto, um amplo campo de aplicação do novo Código de Processo Civil ao processo penal.

O terceiro capítulo dedica-se a tratar da possibilidade de aplicar o microssistema de formação de precedentes vinculantes ao processo penal, observadas as peculiaridades de cada ramo da disciplina adjetiva.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o trabalho lança proposições hipotéticas com o objetivo de prová-las ou refutá-las ao final da exposição. Ademais, adota a abordagem qualitativa e se vale do procedimento bibliográfico. Quanto aos objetivos, segue a linha exploratória, isso porque o trabalho busca solucionar questão ainda controvertida, em área pouco debatida na doutrina e utiliza-se, para tanto, de pesquisa bibliográfica.

1. O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA E O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS COMO INSTRUMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O caput do artigo 926 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015¹, determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Tal disposição tem por objetivo mitigar os prejudiciais efeitos produzidos por julgamentos divergentes acerca de uma mesma matéria.

O modelo processual anterior, Lei nº 5.869/1973², ao possibilitar a coexistência de julgamentos díspares em casos que envolvem a mesma questão jurídica central, permitia grave e constante violação dos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. Ademais, a desarmonia entre os posicionamentos do Poder Judiciário, faz com que este perca a credibilidade, a legitimidade e a confiança da sociedade. Em razão desse inaceitável cenário, o novo Código de Processo Civil³ intensificou o tratamento dispensado à temática da uniformização jurisprudencial.

Constata-se nítida tendência evolutiva no sentido de se emprestar cada vez mais importância à jurisprudência e aos precedentes judiciais. Pinho e Rodrigues⁴ pontuam que o fenômeno da concessão de maior eficácia às decisões judiciais pode ser identificado nas numerosas reformas havidas na legislação processual brasileira nas últimas décadas. Afirmam os autores que como decorrência dessas consecutivas modificações, encontram-se, no sistema atual, precedentes com eficácia de níveis distintos, quais sejam, persuasivos, impeditivos de recursos e, em grau máximo, vinculantes.

Pinho e Rodrigues⁵ bem observam que a atribuição de força vinculante aos precedentes judiciais é sobremaneira conveniente para a racionalidade da jurisdição em um país de dimensões continentais como o Brasil, no qual grande número de tribunais estaduais e federais inspira, necessariamente, uma superior preocupação com a uniformidade do direito.

¹ BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 04 set. 2018.

² BRASIL, *Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/LEIS/L5869impressa.htm>>. Acesso em 04 set. 2018.

³ BRASIL, *op.cit.*, nota 1.

⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 283.

⁵ *Ibid.*, p. 283-284.

Ciente da necessidade de promover a harmonização dos entendimentos emanados do Poder Judiciário, o legislador pátrio veio a ampliar, por intermédio do novo Código de Processo Civil⁶, as hipóteses em que algumas decisões judiciais revestir-se-ão da qualidade de verdadeiras decisões definidoras de teses jurídicas, as quais passarão a condicionar a atuação futura de todos os juízes e tribunais. Nesse sentido o artigo 927 do diploma processual civil⁷ inova ao ampliar o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante já previsto na Constituição⁸.

Todos os magistrados do país passarão a ter que observar tais súmulas, decisões e orientações descritas nos incisos do mencionado artigo 927, sem que fiquem desincumbidos, no entanto, de manter estrita observância ao princípio do contraditório e ao dever de fundamentação de todas as decisões que vierem a proferir.

Ante o ineditismo dos institutos, o presente trabalho destacará a eficácia vinculante dos acórdãos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, integrantes do microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes. Para tanto, faz-se necessária uma rápida explanação de noções elementares.

Nas palavras de Câmara⁹, “precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior”. Ainda segundo Câmara¹⁰, “jurisprudência é um conjunto de decisões judiciais, proferidas pelos tribunais, sobre uma determinada matéria, em um mesmo sentido”.

O autor conclui que há diferença quantitativa fundamental entre precedente e jurisprudência. Em seguida, atenta para a relevância de tal distinção, uma vez que o sistema brasileiro de precedentes é constituído para que haja uniformidade de decisões em causas idênticas – notadamente no que diz respeito às chamadas demandas repetitivas. De outro lado, a jurisprudência serve de base para a uniformização de entendimento a respeito de temas que se manifestam em causas diferentes.

⁶ BRASIL, op.cit., nota 1.

⁷ 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.

⁸ BRASIL, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 set. 2018.

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427.

¹⁰ *Ibid.*, p. 428.

A decisão que se reveste das características de um precedente judicial deve, portanto, refletir uma regra aplicável a outros casos semelhantes. Pinho e Rodrigues¹¹ lembram que o caráter vinculante dos precedentes decorre da necessidade de tratamento isonômico entre os jurisdicionados, o qual é atingido por meio da seleção de aspectos relevantes de um caso submetido a julgado – *ratio decidendi*, com a posterior aplicação deste entendimento a casos semelhantes.

Compreendidas as noções de precedente e jurisprudência, passa-se à análise do incidente de assunção de competência, instituto previsto no artigo 947 do novo Código de Processo Civil, admissível “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

O Código de Processo Civil de 1973¹² dispunha de semelhante previsão, todavia algumas inovações foram introduzidas pelo novo Código de Processo Civil. Silvares e Pinto¹³ enumeram tais inovações. A primeira delas é o fato de que o incidente de assunção de competência foi ampliado e passou a ter lugar em todo e qualquer recurso. Outra fundamental diferença é o caráter vinculante, agora atribuído à decisão tomada no incidente. A última novidade reside no fato de que o incidente de assunção de competência pode ser deflagrado de ofício pelo relator do acórdão ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Por seu turno, o incidente de resolução de demandas repetitivas -IRDR - é mecanismo a ser usado para assegurar solução uniforme a demandas repetitivas, entendidas como aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Câmara¹⁴ afirma que são idênticas as demandas repetitivas “por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”. Trata-se, portanto, de mecanismo destinado a assegurar que casos iguais recebam resultados iguais.

O julgamento por amostragem ou julgamento de casos repetitivos representa a decisão proferida tanto em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, quanto em sede de recursos especial e extraordinário e tem por objeto, apenas, questões de direito material ou

¹¹ PINHO; RODRIGUES, op. cit., p. 286

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

¹³ SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. *Novo CPC e seus reflexos no âmbito do Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.63.

¹⁴ CÂMARA, op. cit., p. 479.

processual. Destarte, ficam descartadas questões de fato, pois, estas são sempre repletas de particularidades e especificidades, a eliminarem qualquer pretensão de padronização.

2. CIÊNCIA PROCESSUAL: A EXISTÊNCIA DE UMA TEORIA GERAL

Ante a importante manutenção da uniformidade da jurisprudência dos tribunais, o novo Código de Processo Civil determina que juízes e tribunais observem o microsistema de precedentes vinculantes, tratado no capítulo anterior. Uma vez que o microsistema de precedentes vinculantes almeja efetivar, notadamente, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, o presente trabalho pretende aplicar ao processo penal, reconhecido instrumento de proteção de direitos fundamentais, as normas processuais civis atinentes a tal microsistema.

Para tanto, faz-se necessário estabelecer a premissa metodológica apta a justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Como ponto de partida, é preciso reconhecer que a Constituição, por ocupar função central no sistema vigente, irradia efeitos sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional, os quais precisam ser devidamente harmonizados.

Fischer¹⁵ sustenta que “no Estado de Direito Democrático-Constitucional todos os poderes e funções do Estado estão juridicamente vinculados às normas hierarquicamente superiores da Constituição.” O novo Código de Processo Civil trouxe normas que derivam diretamente de preceitos maiores da Constituição Federal, reveladoras de modos de comportamento, regras de atuação e padrões de interpretação que transcendem o mero campo do processo civil, espraiando-se para os demais ramos do devido processo, inclusive para o penal.

Prevalece na doutrina brasileira a afirmação da existência de uma Teoria Geral do Processo, da qual decorre, nas palavras de Senra e Souza¹⁶, “a necessidade de compreendermos e interpretarmos as normas de processo penal à luz do sistema formado por todas as normas processuais, no que se incluem também as disposições processuais civis”. A Teoria Geral do

¹⁵ FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 50.

¹⁶ SENRA, Alexandre. SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 433.

Processo é vista por Didier Jr¹⁷ como:

disciplina jurídica dedicada à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais. São conceitos lógico-jurídicos processuais todos aqueles indispensáveis à compreensão jurídica do fenômeno processual, onde quer que ele ocorra.

Todavia, importantes processualistas rechaçam a existência da Teoria Geral do Processo. Por todos, cita-se Lopes Jr¹⁸, para quem é preciso “assimilar o necessário respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal”. O autor¹⁹ tece críticas e afirma que distorções e absurdos processuais são realizados em nome da Teoria Geral do Processo.

O inconformismo não se sustenta, pois, parte de premissa equivocada. A Teoria Geral do Processo não cuida de qualquer dispositivo, nada diz a respeito do conteúdo do Direito Processual. Conforme observa Didier Jr²⁰ “a preocupação é epistemológica: fornecer às ciências do processo o repertório conceitual indispensável ao exame do direito positivo, qualquer que seja o seu conteúdo”. Portanto, as críticas dirigidas à Teoria Geral do Processo, na verdade, alvejam o direito processual jurisdicional único, o qual não é defendido.

Os objetos do processo civil e do processo penal são bem diversos, logo, diversos hão de ser os seus regramentos. A existência de uma Teoria Geral do Processo não impede a construção de teorias particulares do processo. Silva²¹ esclarece:

Não há como negar os pontos de interseção entre as duas disciplinas, especialmente no que tange às suas características fundantes (jurisdição, ação, procedimentos, nulidade, etc.), o que nos permite a construção de uma teoria geral do direito processual para, em seguida, segmentar os ramos correspondentes conforme suas especificidades.

Note-se que, mesmo autores contrários à existência da Teoria Geral do Processo, consideram possível que certos preceitos fundamentais derivados da Constituição, desde que bem

¹⁷DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 80.

¹⁸ 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 out 2018.

¹⁹ Ibid.

²⁰ DIDIER JR, op.cit., p. 94.

²¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schiatti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p.70.

compreendidos e compatibilizados, devem servir também para a condução do processo penal.

A aplicação integrativa do Código de Processo Civil é tema relativamente assentado na doutrina nacional e capaz de justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Os Códigos de Processo Civil e Penal não são vistos como compartimentos estanques, capazes de, sem recurso ou influência de outros diplomas, darem respostas a todos os problemas do processo.

É ponto comum na doutrina que o Direito Processual Civil é o mais avançado dos ramos da disciplina adjetiva, de modo que serve de suporte ao Direito Processual do Trabalho, ao Eleitoral e ao Administrativo, é o que se depreende do artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015²².

Ainda que, quando da tramitação legislativa, o legislador projetista tenha retirado do projeto do novo Código de Processo Civil a referência expressa da sua aplicação supletiva ao processo penal, Silva²³ entende que não parece ter sido a intenção do legislador fechar o caminho de interlocução entre as duas disciplinas. Por essa razão, mesmo diante do silêncio do artigo 15 Código de Processo Civil de 2015²⁴, sustenta Silva²⁵ que “o artigo 3º do Código de Processo Penal²⁶, quando admite a interpretação extensiva, aplicação analógica e o suplemento pelos princípios gerais do direito, mantém o elo de conexão com essa teoria geral do processo [...]”.

Destaque-se que não basta haver omissão no diploma externo, a regra que se pretende exportar deve ser compatível com o diploma de recepção. A incidência de normas processuais civis ao campo penal já ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1973²⁷. O Superior Tribunal de Justiça posiciona-se expressamente pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo penal, com esteio no artigo 3º do Código de Processo Penal²⁸.

Com relação ao artigo 15 do Código de Processo Civil d 2015²⁹, Mazzei³⁰ expõe:

A leitura apressada do art. 15 do CPC/15 pode ocasionar o incorreto entendimento de que

²² BRASIL, op.cit., nota 1.

²³ SILVA, op.cit., p. 69.

²⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵ SILVA, op.cit., p. 71.

²⁶ BRASIL, *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689C/ompilado.htm>. Acesso em 20 mar 2018.

²⁷ BRASIL, op.cit., nota 2.

²⁸ Ibid.

²⁹ BRASIL, op.cit., nota 1.

³⁰ MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (Necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p.529.

não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura essa que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos. A premissa é falsa, pois o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Na verdade, percebe-se que o novo diploma processual civil funciona como fonte que emana um processo comum, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção.

Não bastasse, o próprio Código de Processo Penal consagra dispositivos que fazem referência expressa à aplicação do Código de Processo Civil. Assim, deve ser reconhecida a aplicação dos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil³¹, que estabelecem o dever de estabilidade da jurisprudência e da vinculação dos juízos aos precedentes.

3. OS PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES NO PROCESSO PENAL

Conforme defendido no segundo capítulo do presente artigo, as normas de processo civil aplicam-se subsidiariamente ao processo penal, naquilo em que com ele compatível, de modo que alteradas as normas de processo civil, modifica-se em alguma medida também o processo penal.

Zaneti Jr³² reforça a tese ao dizer que “não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação”. Portanto, a aplicação do modelo de precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva ou complementar, isso é, ocorre quando uma lei completa a outra, dando-lhe um sentido geral.

O novo Código de Processo Civil fundou uma série de novos princípios e regras como normas processuais fundamentais, entre eles os precedentes judiciais, estes princípios e regras devem complementar todas as legislações especiais de forma supletiva. Assim, mesmo que o Código de Processo Penal não contenha normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no artigo 927, que prevê que os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável.

³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

³² 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). *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016: p. 460.

Prossegue Zaneti Jr.³³: “a aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual, como forma de controle de adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem.

É preciso, porém, ressaltar as peculiaridades do direito penal e do direito processual penal, quais sejam, o sistema garantista e a vedação ao juízo por analogia. Nas palavras do autor³⁴:

Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil. No direito penal e no processo penal o princípio da legalidade é reforçado pelo sistema garantista (SG). No contexto dos precedentes, esta mudança de lógica do direito civil em sentido amplo para o direito penal e processual penal implica em reconhecer que o campo do direito em que se trabalha impõe limites aos julgadores no momento de considerarem a universalização de suas decisões.

Por consequência, os precedentes criminais (direito material penal) em ordenamentos de *Civil Law*, como o brasileiro, jamais poderão implicar analogia *in malam partem*, pois isto significaria ultrapassar a vedação da analogia no direito penal.

Quanto à vedação ao juízo por analogia, esclarece o autor³⁵ que:

[...] não significa uma vedação à interpretação. Também 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.

A interpretação dada no precedente vincula para os julgamentos futuros. Dela cabe inclusive reclamação, nos casos previstos no art. 988 do CPC. Pode ser utilizada para justificar a revisão criminal, a revisão da execução da pena e os recursos no curso do processo.

Relevante determinar se a matéria tratada no precedente diz respeito a direito material ou a direito processual, pois, sendo de direito processual aplica-se a regra do *tempus regit actum* e a aplicação será imediata.

Nesse ponto, o Zaneti Jr. tece relevante reflexão. Apesar de não negar a atividade interpretativa no direito penal e no processo penal, o autor³⁶ afirma ser “preciso afastar a necessidade de um modelo de precedentes no direito penal e no processo penal como decorrência

³³ Ibid., p. 461.

³⁴ Ibid., p. 454.

³⁵ Ibid., p. 456.

³⁶ Ibid., p. 458.

do esfacelamento da legislação e dos excessos legislativos contemporâneos”. O esfacelamento da legislação contemporânea não pode justificar a necessidade de uma teoria dos precedentes.

Justifica Zaneti Jr.³⁷:

ao contrário do que acontece com o direito civil em sentido amplo (...) a descodificação pode ser positiva e a introdução de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados atende a um imperativo de tutela destes direitos, no direito penal – e também nos demais ramos do direito que adotam o sistema de legalidade estrita – este processo de decodificação atua contra a função constitucionalmente assegurada.

[...] Portanto, no direito penal, a descodificação é um processo negativo que deve ser agudamente combatido pela doutrina. 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.

O autor³⁸ assegura que “o ideal, mesmo na ineliminável atividade interpretativa, é que o legislador legisle sobre a matéria decorrente dos precedentes e complete o sistema”. Todavia, necessário reconhecer que precedentes em matéria penal são inevitáveis. Sobre o tema, mais uma vez, afirma Zaneti Jr.³⁹:

Nas hipóteses insuprimíveis em que a corte 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 formalmente vinculantes, aos fatos futuros, ou seja, devem valer como razões de persuasão, mas não como precedentes propriamente ditos. Os processos em andamento deverão ser solucionados sem os efeitos normativos formalmente vinculantes – de “simplificação” – do julgamento decorrente do precedente. As decisões valerão apenas como ‘jurisprudência persuasiva’, pelas próprias razões, sem força normativa (exceto quanto ao próprio órgão de decisão).

Por outro lado, caso o precedente seja favorável ao réu, deve ser aplicado imediatamente, inclusive possibilitando a revisão criminal com base no art. 621, I. Isso porque, uma vez definida norma mais benéfica no direito penal, esta retroage para beneficiar o réu. Trata-se da dupla função do precedente em matéria de direito penal.

Zaneti Jr.⁴⁰ faz importante distinção em relação aos incidentes de resolução de demandas repetitivas e aos recursos especial e extraordinários repetitivos. Por não se tratar de precedentes no sentido propriamente dito, mas de técnicas de resolução de casos repetitivos, “caso o STF ou o STJ apliquem essas técnicas ao processo penal todos os processos que estão tramitando deverão ser

³⁷ Ibid., p. 458.

³⁸ Ibid., p. 459.

³⁹ Ibid., p. 465.

⁴⁰ Ibid., p. 465.

atingidos pela tese jurídica fixada (art. 985, I e 1.040, III, CPC). Não se aplica aqui a dupla função dos precedentes [...]”.

A par das críticas formuladas por Zaneti Jr, não se pode ignorar que no âmbito criminal, os postulados da igualdade e da segurança jurídica ganham especial relevância. Neri e Lima⁴¹ afirmam:

A falta de observância dessas garantias – igualdade e segurança jurídica – por parte dos magistrados que, baseados na sistemática do livre convencimento motivado, proferem decisões particularizadas e que deixam o jurisdicionado em verdadeira situação de insegurança. Assim, a possibilidade de cada juiz ou tribunal decidir de forma isolada e sem vinculação a decisões anteriores gera um quadro de instabilidade que se reflete nas relações sociais, ou seja, no comportamento do cidadão perante a sociedade, tendo diminuída a segurança de seu atuar.

No mesmo sentido, Silva⁴² sustenta que “o Judiciário brasileiro parece não querer amadurecer a ponto de compreender que o processo não é o espaço adequado para o lançamento de posições pessoais despidas de qualquer embasamento e observância aos precedentes existentes no ordenamento jurídico”. Observa o autor⁴³ que “em matéria penal é gritante a divergência jurisprudencial acerca de temas que mereceriam uma uniformização de entendimentos”.

Assim, apesar de lidar com matérias de fato, é inegável que o processo penal também lida com teses jurídicas aptas a vinculação”. Silva⁴⁴ conclui:

O volume excessivo de demandas aforadas perante o STJ e o STF deriva da ausência de conscientização do primeiro e segundo grau de jurisdição da necessidade de se preservar a uniformidade de entendimentos, e a existência de um mecanismo capaz de buscar a estabilidade e o respeito à jurisprudência e o respeito à jurisprudência é uma saída imediata

Portanto, a aplicação do microsistema de precedentes vinculantes ao processo penal é importante, pois, trata-se de eficiente instrumento de promoção da igualdade e da segurança jurídica, além de garantir a celeridade da prestação jurisdicional, garantias que a sociedade espera ver efetivadas pelo Judiciário e que se mostram ainda mais relevantes no âmbito dos processos criminais, os quais representam grande fardo aos réus ante a ameaça de restrição da liberdade.

⁴¹ NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. *A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Processo Penal e Constituição. Florianópolis, 2016, p. 38-57.

⁴² SILVA, Franklyn Roger Alves. Os Efeitos do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: Um Feixe de Luz Para o Caminho da Sofisticação ou a Permanência na Escuridão? *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, p. 38-78, jan-jun 2016, p. 72.

⁴³ *Ibid.*, p. 73.

⁴⁴ *Ibid.*

CONCLUSÃO

A pesquisa defendeu a aplicação do microssistema de precedentes vinculantes, descrito no novo Código de Processo Civil, ao direito processual penal. Buscou-se demonstrar a premente necessidade de uniformização interpretativa de modo a se assegurar a igualdade na aplicação concreta da lei.

A notória falta de consenso nas decisões judiciais proferidas nos tribunais brasileiros produziu o reprovável fenômeno da jurisprudência lotérica, que nada mais é do que dar soluções diversas para casos semelhantes, situação que representa grave afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica. A vinculação aos precedentes poderá, portanto, auxiliar a reduzir a discricionariedade dos juízes, pois, permitirá a universalidade das razões de decidir, o que afastará casuísmos.

O novo diploma processual civil determina que os tribunais uniformizem sua jurisprudência. Para alcançar tal fim o legislador ampliou o rol de decisões dotadas de eficácia vinculante. A pesquisa destacou desse rol os acórdãos em incidente de assunção de competência e os acórdãos em resolução de demandas repetitivas ante o ineditismo dos institutos.

Abordou-se as hipóteses de cabimento do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas. Destacou-se a importância da existência de um microssistema de aplicação e formação dos precedentes como meio de garantir maior coerência ao sistema jurídico e à interpretação do Direito.

Para afirmar ser possível o emprego do microssistema de precedentes vinculantes no âmbito processual penal foi preciso trilhar um caminho que permitiu justificar a incidência das regras processuais civis no campo processual penal. Para tanto, ressaltou-se as normas previstas no novo Código de Processo Civil que derivam diretamente de preceitos constitucionais, e, por tal motivo, recaem sobre os demais ramos do processo, inclusive para o penal.

Discutiu-se acerca da existência de uma Teoria Geral do Processo e, apesar de haver vozes contrárias, entendeu-se pela sua ocorrência, de modo que se admite a aplicação integrativa do Código de Processo Civil ao direito processual penal. Nesse sentido é a redação do artigo 3º do Código de Processo Penal ao dispor que a “lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

A interlocução entre as disciplinas também é extraída do artigo 15 do novo Código de

Processo Civil, ainda que não haja referência expressa aos processos penais, pois, o dispositivo traz rol meramente exemplificativo.

Por fim, mais uma vez com base nos princípios da isonomia, da segurança jurídica, e ainda, atenta ao fato de que o direito processual penal deve assegurar o respeito às garantias e as liberdades individuais, reafirmou-se ser admissível e, mais ainda, desejável a utilização do microsistema de precedentes vinculantes também ao direito processual penal.

A aplicação subsidiária e supletiva do diploma processual civil, no entanto, exige que as normas processuais civis não estejam em conflito com os princípios próprios do direito processual penal e, ainda, é preciso verificar se há conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do novo Código de Processo Civil. Satisfeitos tais requisitos, não há óbices para o emprego do microsistema de precedentes vinculantes no âmbito do direito processual penal. Ao contrário, tem-se um importante instrumento de garantia da eficácia, da previsibilidade e da celeridade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

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](https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal)>. Acesso em: 16 out 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FISCHER, Douglas. Sobre a compatibilização da ampla defesa, do *nemo tenetur se detegere*, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação. Influências principiológicas da Constituição da República e do Novo CPC no processo penal. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schiatti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JR, Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de declaração no processo penal: breve ensaio sobre o (Necessário) diálogo com o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016

NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. *A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: uma busca pela igualdade e segurança jurídica*. Processo Penal e Constituição. Florianópolis, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. In: DIDIER Jr, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

SENRA, Alexandre; SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. O Processo Penal e a nova disciplina da coisa julgada. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts 6º e 10 do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogerio Schietti. *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Franklyn Roger Alves. Os Efeitos do Novo Código de Processo Civil no Direito Processual Penal: Um Feixe de Luz Para o Caminho da Sofisticação ou a Permanência na Escuridão? Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 423, ano 112, p. 38-78, jan-jun 2016.

SILVARES, Ricardo; PINTO, Ronaldo Batista. *Novo CPC e seus reflexos no âmbito do Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.

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: *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. V. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.