

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO - UFES
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

THAILA FERNANDES DA SILVA

**DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
EM PROCESSO PENAL**

VITÓRIA/ES

2022

THAILA FERNANDES DA SILVA

**DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
EM PROCESSO PENAL**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção de título de mestre em direito.

Orientadora: Profa. Dra. Fiammetta Bonfigli

Coorientador: Prof. Dr. Clécio José Morandi de Assis Lemos

VITÓRIA/ES

2022

THAILA FERNANDES DA SILVA

**DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
EM PROCESSO PENAL**

Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para obtenção de título de mestre em direito.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profa. Dra. Fiammetta Bonfigli
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientadora

Prof. Dr. Clécio José Morandi de Assis Lemos
Coorientador

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior
Avaliador

Prof. Dra. Danyelle da Silva Galvão
Avaliadora

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de
Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

S586d Silva, Thaila Fernandes da, 1993-
Desafios à implementação de precedentes judiciais em processo
penal / Thaila Fernandes da Silva. - 2022.
129 f.

Orientadora: Fiammetta Bonfigli.

Coorientador: Clécio José Morandi de Assis Lemos.

Tese (Mestrado em Direito Processual) - Universidade
Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas.

1. Precedentes judiciais. 2. Processo penal. 3. Processo civil.
4. Decisões judiciais. I. Bonfigli, Fiammetta. II. Lemos, Clécio
José Morandi de Assis. III. Universidade Federal do Espírito
Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. IV. Título.

CDU: 340

AGRADECIMENTOS

Em uma dissertação que tem como premissa a historicidade, gostaria de agradecer a todas as pessoas que contribuíram para formação de minha história pessoal e acadêmica.

Agradeço a Deus por me conceder a vida e por me presentear com uma família acolhedora que sempre me incentivou. A meus pais, Jane e Paulo, agradeço por me ensinarem desde cedo a importância dos estudos, por comemorarem cada pequeno desenvolvimento meu desde a infância na escola, pelas abnegações que fizeram para que eu chegasse até aqui e por continuarem participando da minha vida e dos meus assuntos até os dias atuais. Agradeço aos meus irmãos, Thamiris, Thales e William, por se entusiasmarem com meus desafios e conquistas, por serem meu apoio ainda que fisicamente distantes. Família, amo vocês!

Ao meu marido, João, agradeço a companhia nas madrugadas que sei que enrolou para dormir só para não me deixar sozinha, pelas leituras que fez e se lembrou de mim, por ser meu maior crítico e parceiro na vida amorosa e acadêmica.

Sou imensamente grata pela oportunidade de estudar em uma universidade pública e de qualidade como a Universidade Federal do Espírito Santo. Nela me graduei, lecionei como professora voluntária, e agora apresento dissertação no programa de Pós-Graduação em Direito.

Agradeço nominalmente ao professor Marcellus Polastri por ter acreditado neste trabalho quando ele ainda era só um projeto. Não tivemos a oportunidade de desenvolver o estudo juntos, mas guardo comigo toda a contribuição que me proporcionou em minha formação acadêmica, notadamente quanto ao processo penal, durante minha graduação na Universidade Federal do Espírito Santo e no curso de uma disciplina quando ainda era aluna especial. O da jornada para esta dissertação começou graças à bagagem que me ajudou a construir, minha gratidão por isso, Professor!

Sou grata por ter tido a honra de ter o professor Thiago Fabres como orientador por um ano. A ele agradeço os ensinamentos, os questionamentos e, até mesmo, por duvidar do meu tema, mas ainda assim aceitar o desafio de sua manutenção; afinal a academia não se faz só de concordâncias, mas também, e principalmente, de um espaço democrático de debate. Obrigada por me mostrar isso na prática, professor!

Em meio a duas perdas e difíceis questões pessoais, conheci a professora Fiammetta Bonfigli, uma mulher que me demonstrou força e coragem, o que em mim à essa altura faltava. No ambiente acadêmico, muitas vezes machista e pouco receptivo às mulheres, tê-la ao meu lado me inspirou e mostrou que era possível. Muito obrigada por não ter desistido de mim,

professora! Enquanto muitas questões me eram desfavoráveis, seu apoio me ajudou a insistir na “teimosia” de permanecer no mestrado.

Em paralelo, agradeço ao professor Clécio Lemos que igualmente aceitou a missão junto à professora Fiammetta. Desde nosso primeiro contato na coordenação do PPGDIR compartilhou comigo e meus colegas de orientação a admiração e amizade que nutria com o orientador que perdemos e ao mesmo tempo nos incentivou a prosseguirmos e nos acompanhar nessa jornada. Obrigada pela compreensão, humildade e atenção a cada apontamento.

Às professoras e aos professores do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES, meus sinceros agradecimentos pelos conhecimentos compartilhados, pela atenção ao ensino público e por contribuírem com a minha formação acadêmica. Agradeço a cada pessoa que direta ou indiretamente contribui para a manutenção e o desenvolvimento desta universidade, estão propiciam a realização de sonhos, muito obrigada!

Agradeço a Caroline Edge, que com muito carinho e profissionalismo me deu suporte em um dos momentos mais difíceis da minha vida. Se eu não desisti do sonho de me tornar mestre é porque você me ajudou (ajuda) a me levantar, a aprender a secar as lágrimas e assim reencontrar os planos e sonhos que quase perdi.

Aos amigos queridos da graduação e do trabalho, agradeço os sorrisos que me propiciaram durante essa trajetória, eles me ajudam a tomar fôlego; agradeço também a compreensão na minha ausência e por mesmo distantes fisicamente me desejarem coragem e sucesso.

A todos que torceram por mim e que não viam a hora da conclusão desse trabalho, muito obrigada!

A todas as mulheres que me antecederam, resistindo e lutando
para que tivéssemos voz e lugar.

*“me levanto
sobre o sacrifício
de um milhão de mulheres que vieram antes
e penso
o que é que eu faço
para tornar essa montanha mais alta
para que as mulheres que vierem depois de mim
possam ver além
- legado”
(Rupi Kaur)*

RESUMO

A tradicional distinção entre as tradições de *civil* e de *common law*, tem perdido espaço à medida que os ordenamentos jurídicos passaram a adotar uma e outra forma simultâneas de criação de direito, tal como ocorreu no Brasil.

Com o advento dos precedentes, decisões em casos concretos passam a dotar de potencialidade para alcançarem grandes proporções, com capacidade de aplicação em casos análogos, impactando milhares de pessoas, o que em matéria penal pode causar impactos na esfera de liberdade, demandando maior responsabilidade e adequação aos princípios que guardam os direitos individuais.

À margem do desenvolvimento teórico a respeito do tema, o Código de Processo Penal sofreu alteração em seu texto para tão somente inseriu verbete precedente sem tecer quaisquer considerações a respeito do que e como se constituem são aplicados.

O presente estudo, tem por objetivo estabelecer diálogo com desenvolvimento até então dirigidos ao processo civil, para estruturação voltada a uma adequada incorporação dos precedentes em matéria penal.

Adota-se como premissa a filosofia da linguagem, inserindo os precedentes dentro da teoria do direito, da interpretação e da norma jurídica; e tem-se como fundamento o Estado Democrático de Direito, no qual o direito processual penal deve se dirigir à limitação do poder estatal, utilizado como instrumento de garantia ao indivíduo, ao passo que a construção de qualquer norma demanda a necessária observância do sistema de garantias.

Por fim, faz-se levantamento juriométrico das decisões do Supremo Tribunal Federal a fim de identificar quantitativamente o manejo dos artigos positivados no CPC e CPP, desde o início da vigência de cada uma delas, como fundamentação para suas decisões a fim de verificar (i) se o art. 315, §2º, incisos V e VI tem sido considerado pelo STF em seus julgamentos; (ii) se os artigos do Código de Processo Civil relativos ao sistema de precedentes têm sido referidos como fundamento das decisões em processos penais; (iii) se a aplicação de precedentes em processo penal tem ocorrido a fim de efetivar direitos e garantias no processo penal.

Pelos dados foi possível verificar que não há entre os ministros do STF a preocupação de referir os dispositivos legais sobre precedentes em suas decisões, bem como que

a Corte ainda não tem firmado um entendimento sólido sobre a matéria, limitando-se a menções esparsas e isoladas.

Palavras chaves: Precedentes judiciais. Processo Penal. Processo Civil. Jurimetria.

ABSTRACT

The traditional distinction between *civil* and *common law* traditions has lost space as the legal systems began to admit both forms of simultaneous creation of law, as occurred in Brazil.

With precedents, decisions in specific cases have the potential to reach large proportions, with the ability to apply in similar cases, impacting thousands of people, which in criminal matters can impact the sphere of freedom, demanding greater responsibility and adequacy to the principles that guard individual rights.

On the sidelines of the theoretical development on the subject, the Criminal Procedure Code was amended in its text to only insert the preceding entry without making any considerations about what and how they are applied.

This study aims dialogue with development that is directed to the civil process, for structuring an adequate incorporation of precedents in criminal matters.

The philosophy of language is adopted as a premise, inserting precedents within the theory of law, interpretation, and the legal norm; and it is based on the Democratic State of Law, in which the criminal procedural law must address the limitation of state power, used as an instrument of guarantee to the individual, while the construction of any norm demands the necessary observance of the system of guarantees.

Finally, a juriometric survey of the decisions of the Supreme Court is carried out in order to quantitatively identify the handling of positive articles in the CPC and CPP, from the beginning of the validity of each one of them, as a basis for their decisions in order to verify (i) if art. 315, §2, items V and VI has been considered by the STF in its judgments; (ii) whether the articles of the Code of Civil Procedure relating to the system of precedents have been referred to as the basis for decisions in criminal proceedings; (iii) whether the application of precedents in criminal proceedings has occurred in order to enforce rights and guarantees in criminal proceedings.

From the data, it was possible to verify that there is no concern among STF ministers to refer to legal provisions on precedents in their decisions, as well as that the Court has not yet established a solid understanding on the matter, limiting itself to scattered and isolated mentions.

Keywords: Precedent. Criminal Procedure. Civil Procedure. Jurimetry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 PREMISSAS E REFERENCIAIS TEÓRICOS	16
1.1 Conhecimento e Linguagem	16
1.2 O Pensamento Filosófico como Fundamento do Direito.....	20
1.3 Fundamentos do Estado Democrático do Direito	25
1.4 Fundamentos do Processo Penal.....	30
2 TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS E POSSÍVEL CONVERGÊNCIA	37
2.1 Formação do <i>civil law</i> e a codificação.....	39
2.2 Formação do Common Law Inglês e o Uso dos Precedentes.....	48
2.3 Possível Convergência entre Civil e Common Law.....	63
2.4 Tradições Jurídicas e o Direito Brasileiro	70
3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	81
3.1 Teoria dos Precedentes Judiciais, Interpretação e Norma Jurídica	82
3.2 Precedente Judicial: Breve Conceituação	84
3.3 Precedentes no Processo Penal: Filtro Constitucional e Processual Penal 87	
4. PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA	95
4.1 Base Metodológica para Pesquisa Empírica	95
4.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal em Números: Análise de Dados ...	98
4.2.1 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 489.....	99
4.2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 926.....	99
4.2.3 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 927	102
4.2.4 ANÁLISE DAS DECISÕES CPP ARTIGO 315 §2º, INCISOS V E VI	104

4.3 Breve Incursões Qualitativas dos Dados Quantitativos	105
4.3.1 O ART. 315, §2º, INCISOS V E VI TEM SIDO CONSIDERADO PELO STF EM SEUS JULGAMENTOS?.....	105
4.3.2 OS ARTIGOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL RELATIVOS AO SISTEMA DE PRECEDENTES TÊM SIDO REFERIDOS COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES EM PROCESSO PENAL?.....	106
4.3.3 A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES EM PROCESSO PENAL TEM OCORRIDO A FIM DE EFETIVAR DIREITOS E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL?.....	106
NOTAS CONCLUSIVAS.....	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110
APÊNDICE: PLANILHA DE TABULAÇÃO DE DADOS COMPLICADOS.....	114
APÊNDICE: RESULTADOS EXCLUÍDOS	124
APÊNDICE: RESULTADOS POR DATA	129

INTRODUÇÃO

A forma como os países operam seu sistema legal e a forma como produzem, aplicam, estudam e ensinam o direito, a essa forma e organização é comumente denominada e agrupada como “tradições jurídicas”¹, que no ocidente tem expressões no *civil law* e no *common law*².

Múltiplos fatores contribuíram tanto para construção das tradições, como para suas alterações e disseminação mundo à fora, ao passo que não são encontradas correspondências exatas entre os sistemas jurídicos³ agrupados em uma mesma tradição, o que ocorre, notadamente, em razão de que cada um se estabelece em momentos e condições histórico, política e culturais distintas.

A teoria dos precedentes foi construída no *common law* por volta do final do século XVII, fruto do direito inglês, com base na prática cotidiana em que passou a admitir os precedentes judiciais como fontes imediatas do direito inglês, ao lado da equidade e da lei⁴. Em momento posterior o *common law* e os precedentes foram desenvolvidos também nos Estados Unidos da América, agregando contornos específicos à tradição.

Considerado como país de *civil law*, o Brasil teve gradativa aproximação com elementos da tradição de *common law*⁵ e com o instituto dos precedentes, o que é possível observar pela incorporação das súmulas vinculantes (Emenda Constitucional nº 45/2004), e, mais recentemente, pela positivação de precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime” que alterou o Código de Processo Penal).

O Brasil possui, no entanto, peculiaridades que o distingue da Inglaterra e dos Estados Unidos (referências do *common law*), por essa razão, entende-se necessário que o

¹ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 15.

² PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

³ "Un sistema jurídico como se usa el término aquí, es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas." (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 13).

⁴ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 2016. pp. 63-64.

⁵ Hermes Zaneti identifica o sistema jurídico brasileiro como híbrido entre as duas tradições jurídicas (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 17-18).

instituto passe por determinados filtros, a fim de que seja admitido como reforço democrático e não como mero instrumento de seletividade e majoração de poder estatal frente ao indivíduo, especialmente quando utilizados em processo penal, área na qual os impactos têm potencialmente maiores riscos e, portanto, exigem necessária cautela, uma vez que as consequências de uma decisão judicial em matéria penal⁶ implicam diretamente na esfera de liberdade de indivíduos.

Com o intuito de contribuir para análise dos precedentes no direito brasileiro, no Capítulo 1 deste estudo são estabelecidas algumas premissas, dentre as quais, a compreensão: do paradigma filosófico da filosofia da linguagem, do Estado Democrático de Direito, e dos fundamentos do processo penal.

Entende-se que a formação e a vinculação do precedente estão intimamente ligadas à atividade interpretativa, esta apenas possível dentro do paradigma filosófico no qual os julgadores atribuem sentidos dentro da historicidade do sistema jurídico, uma vez que para decidir o intérprete, imerso em um mundo linguístico, revolve o “chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição”⁷.

Nessa perspectiva, apresenta-se o filtro constitucional do Estado Democrático de Direito, no qual o processo penal deve ser compreendido como instrumento de garantia e de controle do arbítrio do Estado, o que apenas seria possível dentro de um sistema acusatório de processo penal, reforçado por princípios constitucionais, que deve ser reafirmado na atividade interpretativa.

O Capítulo 2 tem por objetivo traçar os elementos histórico e culturais que convergiram para a formação das tradições jurídicas tradicionais no ocidente. Faz-se uma crítica à imposição de conhecimento do norte ao sul e situa o direito brasileiro dentro dessas tradições.

Partindo das premissas estabelecidas no primeiro capítulo, e da conclusão de que, dentro de uma visão binária, se é que ainda pertinente, o Brasil insere-se na tradição de civil law, porém com peculiaridades próprias, o Capítulo 3 se propõe ao estudo do

⁶ “Direito penal compreende o direito penal propriamente dito, o direito processual penal e o direito de execução penal” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 14).

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Advogado, 2017.

precedente, situando-o na teoria do direito e da interpretação, antes de delimitá-lo a um segmento específico de processo.

No capítulo são retomadas, ainda, as premissas constitucionais para a adequação dos precedentes em matéria penal, situando, em paralelo, no panorama legislativo e constitucional no direito positivo nacional.

A despeito da recente referência aos precedentes dentro do próprio Código de Processo Penal, o que demonstra inovação legislativa, permanece ausente regramento específico que viabilize a compreensão de precedentes trazendo insegurança e dificuldades em seu manejo – a exigir preocupação doutrinária.

Considerando que o desenvolvimento da teoria de precedentes se deu antes no processo civil que no processo penal, entende-se relevante investigar a possibilidade de que ela proporcione ao processo penal um contexto apriorístico de significados, bem como se o desenvolvimento científico e as disposições legais já alcançado no direito processual civil seriam adequados e suficientes ao processo penal.

Não se pretende uma análise exaustiva, mas sim situar o estado da arte do estudo de precedentes no Brasil a fim de que seja possível analisar sobre o enfoque do direito processual penal, sem olvidar as constantes violações de garantias processuais penais cotidianamente noticiadas, notadamente em face de resquícios inquisitórios e de seletividade penal, intenta-se identificar a possibilidade teórica com vistas ao reforço democrático e do sistema acusatório pela aplicação dos precedentes.

Por fim, no capítulo 4 serão apresentados os resultados quantitativos da pesquisa desenvolvida no Supremo Tribunal Federal, através de sistema de busca de decisões no site do referido tribunal, a fim de verificar como os precedentes em processo penal têm sido referidos e aplicados na prática, adotando-se como marco temporal para a pesquisa a vigência da Lei 13.964/2019.

A análise juriométrica das decisões tem por objetivo identificar quantitativamente o manejo dos artigos positivados no CPC e CPP, desde o início da vigência de cada uma delas, como fundamentação para suas decisões a fim de verificar (i) se o art. 315, §2º, incisos V e VI tem sido considerado pelo STF em seus julgamentos; (ii) se os artigos do Código de Processo Civil relativos ao sistema de precedentes têm sido referidos como fundamento das decisões em processos penais; (iii) se a aplicação de

precedentes em processo penal tem ocorrido a fim de efetivar direitos e garantias no processo penal.

O estudo mostra-se relevante a fim de ampliar o debate, identificar eventuais insuficiências e, na medida do possível, contribuir para a compreensão e desvelamento de uma possível teoria dos precedentes em processo penal compatível com a ordem constitucional democrática.

1 PREMISSAS E REFERENCIAIS TEÓRICOS

O conhecimento é forjado por um “conjunto de premissas que acaba por determinar aquilo que se conhece”⁸, não havendo como falar em “conhecimento absoluto”, uma vez que desenvolvido a partir de um ponto de partida dentre tantos possíveis dependente de um contexto cultural, social e linguístico.

Cabe ao sujeito cientista a delimitação de seu objeto de estudo por meio de um corte metodológico, enquanto redutor de complexidade do objeto⁹, a fim de viabilizar e tornar crível o conhecimento.

Entende-se, por isso, indispensável a identificação do sistema de referência em que se insere o trabalho, a fim de situar o conjunto de premissas que fundamentarão o estudo. Isso porque “o ato de conhecer se estabelece por meio de relações associativas, condicionadas pelo horizonte cultural do sujeito cognoscente e determinadas pelas coordenadas de tempo e espaço em que são processadas”¹⁰.

Nessa perspectiva, e sem olvidar os vários ângulos possíveis de observação do direito positivo, propõem-se a organização e a construção deste estudo segundo os prismas¹¹ da filosofia da linguagem, sob a perspectiva da hermenêutica, da Teoria do Direito, até a compreensão dos precedentes judiciais, e, mais especificadamente, dos precedentes judiciais em processo penal, objeto do presente trabalho.

1.1 Conhecimento e Linguagem

O conhecimento é um fato complexo que ocorre mediante construção de linguagem, da relação de linguagem-significações dentro de um processo comunicacional desenvolvido entre as linguagens do sujeito cognoscente e do sujeito destinatário sobre a linguagem do objeto-enunciado¹².

⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo-lógico semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. pp. 28-29.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008. p. 7.

¹⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo-lógico semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 28.

¹¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 2.

¹² MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. pp. 5-6.

A linguagem é compreendida pelo emprego intersubjetivo de sinais que tonam possível a comunicação¹³, a partir da adoção de signos arbitrários, convencionados entre sujeitos que habitam um mesmo mundo linguístico cultural, para representar o mundo físico¹⁴.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho define a linguagem como a “capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio dos signos cujo conjunto sistematizado é a língua”¹⁵.

A linguagem está diretamente ligada ao conhecimento, pois é através dela que o mundo físico pode ser acessado pelo sujeito cognoscente, tornando aquele inteligível a este. O mundo real só passa a ser possível de se conhecer quando constituído em linguagem, pois é vertendo em linguagem que se fala a respeito de algo e sobre ele se podem atribuir significações¹⁶.

A língua, segundo Aurora Tomazini de Carvalho¹⁷, determina a visão de mundo do sujeito, por ser “uma atividade mental estruturante do mundo. Assim, cada língua cria uma realidade”, como lentes sob as quais se pode apreender diferentes percepções sobre o objeto observado.

Em uma alegoria, a língua é ilustrada por Vilém Flusser¹⁸ como uma coleção de óculos de que dispõe o intelecto para observar os dados brutos do mundo; cada óculo permite enxergar de forma diferente, modificando a realidade através de suas lentes.

A realidade construída só tem sentido dentro de uma mesma língua, com significados convencionados, inteligíveis e compartilhados pelos habitantes de um mesmo universo linguístico¹⁹.

¹³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 11.

¹⁴ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 2.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 11.

¹⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. pp. 08-13.

¹⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo-lógico semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

¹⁸ FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007. pp. 52-56.

¹⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo-lógico semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 27

Assim, as lentes dos óculos da “língua jurídica” constroem a realidade jurídica, apreendendo os eventos e vertendo-os em linguagem própria do direito, com significações compartilhadas por seus intérpretes, e que constroem a realidade através de normas jurídicas válidas. Os mesmos eventos observados sob outra língua construiriam realidade diversa, inteligível dentro da respectiva área de conhecimento utilizada como lente.

A compreensão das coisas pressupõe a linguagem. Fabiana Del Padre Tomé²⁰ afirma, nesse sentido, que as coisas nascem com o discurso que lhes dá significado, e que “o mundo exterior nem sequer existe para o sujeito cognoscente sem uma linguagem que o constitua”²¹, seria, pois, a linguagem a criadora da realidade objetiva do ser cognoscente²².

Destaca-se que, para fins deste trabalho, essa criação deve ser compreendida como a criação no mundo linguístico, que não tem o condão de alterar o mundo real, mas determina tão somente como o sujeito o compreende.

Ernilo Stein²³ acrescenta que a própria identificação do objeto de estudo ocorre através do significado, ou seja, através da linguagem. A aproximação linguística, entretanto, é sempre indireta e parcial, não sendo possível conhecer os objetos em sua plenitude²⁴.

Como esclarece Tárek Moysés Moussallem, não há ponto de intersecção entre linguagem e realidade física, esta existe independente da capacidade humana de representá-la metaforicamente pela linguagem e tal representação constitui apenas um “modelo de vista”²⁵.

²⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 14.

²¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 09.

²² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. pp. 09-14.

²³ STEIN, Ernilo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp. 16-19.

²⁴ STEIN, Ernilo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. pp. 20-21.

²⁵ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 7.

A seu turno, Aurora Tomazini de Carvalho²⁶ admite a língua como estruturante do mundo de sentido para o homem, mas afirma que essa construção linguística não significa assereir a inexistência de dados físicos, mas que apenas pela linguagem é dado conhecer e que somente por ela as coisas têm sentido:

Dizer, todavia, que a realidade é constituída pela linguagem não significa afirmar a inexistência de dados físicos independentes da linguagem. Frisamos apenas que somente pela linguagem podemos conhecê-los, identificá-los e transformá-los em uma realidade objetiva para nosso intelecto²⁷.

Em planos distintos, a realidade não tem o condão de refutar discursos sobre ela, tal como as interpretações sobre a realidade não a alteram²⁸.

O processo de conhecer ocorre pela sobreposição de níveis de linguagem²⁹, pela linguagem que apreende o objeto e aquela que sobre ele desenvolve novos enunciados para sua interpretação, tudo dentro de um mundo linguístico compartilhado intersubjetivamente.

Não há como se falar em conhecimento apenas na experiência (percepção) ou tão-só na realidade (plano dos sujeitos). Faz-se necessária a interposição do plano linguístico (dos enunciados), estruturando os universos dos termos-sujeitos e do objeto³⁰.

Adota-se por premissa, portanto, que o conhecimento só existe na e pela linguagem, nela se desenvolvendo por esse processo comunicacional complexo e em constante construção. O diálogo com outros saberes (combinação óculos de diferentes) poderá ampliar e dinamizar o conhecimento, mas não será, em nenhum momento, possível atingir a totalidade, ou a verdade tal como ela é ou foi, pois o momento não se recupera, se perdeu no tempo e é inatingível. Todavia, as marcas deixadas através da linguagem e por esta resgatada, permite a percepção, ainda que parcial, sobre o ocorrido.

Ao aproximar a teoria da linguagem do objeto de estudo aqui proposto, o direito positivo, pode-se perceber que este é igualmente constituído pela sobreposição de

²⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 20-25

²⁷ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019. pp. 23-24.

²⁸ SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999. p. 12.

²⁹ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 6.

³⁰ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 6.

níveis de linguagem. Direito é linguagem, e no processo, através da produção probatória, se produz conhecimento a respeito dos fatos, estes reconstruídos linguisticamente.

O ato de decidir, promovido pelo julgador, não pode ser alcançado, pois se esvai no tempo. A motivação exarada, no entanto, constitui marcas desse processo decisório, permitindo alcançá-lo por meio da linguagem e, assim, controlar o ato judicial.

Os precedentes judiciais, igualmente, constituídos a partir de atos decisórios, constituem-se por linguagem, fruto da interpretação e de decisão judicial que poderá produzir efeitos não apenas no caso em debate, mas também em processos futuros. Nessa perspectiva, constitui-se por conhecimento e como conhecimento que será novamente interpretado em aplicação futura, em um ciclo autorreferente e metalinguístico.

Para adequada compreensão da linguagem dentro do processo comunicacional e de conhecimento e de seu desempenho no processo penal, faz-se necessária a compreensão e a superação de paradigmas filosóficos que atribuíram à linguagem papel secundário, ou que por ela impuseram interpretações voluntaristas e arbitrárias.

1.2 O Pensamento Filosófico como Fundamento do Direito

A filosofia fala sobre o mundo, e como aponta Ernildo Stein³¹, é impossível dissociá-la do mundo. O autor destaca que a filosofia tem como “tarefa fundamental desenvolver um discurso sobre a totalidade” e, por essa razão, a filosofia não apenas influencia o desenvolvimento científico, mas se apresenta “como condição de possibilidade, todos os discursos científicos”, dentre os quais o discurso jurídico.

Lenio Streck³² defende a compreensão da filosofia no direito (e não do direito), adotando-a como *standard*³³ de racionalidade intersubjetiva, como fundamento que possibilita a “correta colocação do fenômeno jurídico”³⁴.

³¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 11.

³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 208, nota 311.

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 501-502.

Por tais premissas, ainda que a filosofia no direito não seja o objeto central do presente estudo, não se pode olvidar sua influência para a compreensão do direito, para o processo interpretativo e, por conseguinte, para os precedentes judiciais.

Dentre os vários espectros do desenvolvimento da filosofia, em linhas gerais, destacam-se os caminhos percorridos pela metafísica, seguindo-se pela filosofia da consciência e, por fim, a filosofia da linguagem³⁵, bem como as marcas que cada uma promoveu ou ainda promove no direito brasileiro.

Em apertada síntese, a compreensão a partir da metafísica voltava-se a um “processo de adequação do olhar ao objeto”, a fim de desvelar a essência das coisas, sendo necessário interrogar o ente enquanto ente, para revelá-lo em sua totalidade³⁶. Na metafísica clássica, o sujeito não estava em questão, mas encontra-se assujeitado.

A linguagem operava de forma secundária, uma vez que a palavra só possuía um sentido porque antes as coisas possuíam uma essência que depois era designada e comunicada pela palavra³⁷.

No direito, é possível verificar a influência de tal pensamento em um processo inquisitório no qual se busca a verdade real, ou seja, a essência dos fatos. Há que se considerar, porém, que, limitado no espaço e no tempo, os fatos passados já não podem ser alcançados em sua inteireza tal como ocorreram.

Com o advento da modernidade, verifica-se a alteração do eixo de conhecimento para o sujeito, que assume consciência de si e passa a assujeitar as coisas. Há a transformação do paradigma: o sentido, que antes estava nas coisas, passa à mente do sujeito individualista e solipsista, marcado pela filosofia da consciência, também conhecida como metafísica moderna³⁸. O sujeito é o “fundamento sobre o qual se estrutura cognitivamente a realidade”³⁹.

³⁵ Para melhor compreensão a respeito dos diversos nuances que envolver as correntes filosóficas mencionadas, conferir STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Capítulos 06 a 09.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 187-192.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 189.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 198-201.

³⁹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 89.

A relação do conhecimento se dá pela relação entre sujeito cognoscente e objeto, enquanto a linguagem é vista como instrumento entre eles, “para transmissão do pensamento do pré-linguístico, concebidos sem a intervenção da linguagem”⁴⁰ e sem qualquer vinculação ou limites.

Esse paradigma impacta o direito que, por sua vez, é invadido pela subjetividade. Com o rompimento da relação entre conhecimento e as coisas, o sujeito ganha liberdade para negar a realidade externa, e passa a interpretar segundo um “grau zero de sentido” e a julgar conforme sua própria razão individual, abrindo espaço para decisionismos solipsistas⁴¹.

A incorporação da filosofia da consciência pelo direito resultou na legitimação da atuação voluntarista do intérprete como “senhor do texto” legal. Em uma concepção subjetivista e reducionista da complexidade social e das significações, o intérprete se entende autorizado e capaz de apreender na totalidade o objeto (texto legal) e reproduzir a verdade no/do processo segundo suas próprias concepções, ignorando a intersubjetividade em que está inserido⁴².

Em sentido contrário aos objetivos de segurança jurídica e igualdade que se busca com os precedentes judiciais, em um contexto de discricionariedade há grande instabilidade e desigualdade, não sendo possível mínima previsibilidade ou confiança sobre as decisões judiciais.

Por outro lado, eventual implementação de um sistema de precedentes sob o paradigma da filosofia da consciência, sem a devida preocupação com o contexto intersubjetivo e democrático em que se insere, poderia vincular e perpetuar decisões futuras contaminadas de vieses autoritários e em dissonância com a ordem vigente.

Finalmente, com o giro linguístico ocorrido no século XX, a linguagem inicia o seu “processo de independência da realidade, passando a sobrepô-la”⁴³, deixa de ser

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 211.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 207-209.

⁴² CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 89-92.

⁴³ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 2.

meio e torna-se capaz de criar a realidade⁴⁴, como condição de possibilidade para o conhecimento.

Há, assim, em termos teóricos, a superação dos paradigmas anteriores, pois o sentido não está mais na essência das coisas, como antes na metafísica clássica (paradigma objetivista); também não está assujeitado por um sujeito que o compreende e o fundamenta em si mesmo (solipsista), como pretende a filosofia da consciência (paradigma subjetivista); o sujeito, agora, é inserido em uma estrutura social prévia e comum antecipatória de sentidos (*a priori* compartilhado)⁴⁵.

Esse paradigma epistemológico, intitulado filosofia da linguagem, funda-se na percepção de que “a linguagem não é analisada em um sistema fechado de referência, mas, sim, no plano da historicidade”⁴⁶; significa perceber que não há um “grau zero de sentido”⁴⁷, e sim uma construção histórica que deve ser considerada e constitui uma compreensão anterior, “há sempre um sentido que nos é antecipado”⁴⁸.

Tem-se a compreensão que “um discurso sempre leva em conta um discurso anterior”⁴⁹. As significações, que compõem esse processo comunicacional, estão relacionadas à relação paradigmática que o significante mantém com outros significantes de um mesmo sistema linguístico, pelo que se faz necessário ao conhecimento que os interlocutores coabitem o mesmo mundo linguístico e estejam inseridos em um mesmo contexto cultural⁵⁰.

O direito foi igualmente invadido pela linguagem a ponto de Paulo de Barros Carvalho apresentar o direito positivo como um “sistema de linguagem”, como uma “camada

⁴⁴ “hablar de un “giro lingüístico” en filosofía significa aquí que el lenguaje deja de ser un medio, algo que estaría entre el yo y la realidad, y se convertiría en un léxico capaz de crear tanto el yo como la realidad”. SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999. p. 2.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso** – decido conforme a minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-14.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. Método hermenêutico. In: **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p. 135.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito** – Hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 10.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Método hermenêutico. In: **Dicionário de hermenêutica**. Quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2017. p. 139.

⁴⁹ MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 15.

⁵⁰ SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual: pensar sin certezas**. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999. p. 10.

linguística, vazada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade”⁵¹.

A linguagem passa a ser considerada como condição de possibilidade para o pensamento jurídico. A produção normativa faz-se possível pela atribuição de sentido ao texto legal⁵², considerando-se para tanto o contexto anterior firmado na tradição, pois como assevera Lenio Streck, “o sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto”⁵³.

Nos dizeres de Paulo de Barros Carvalho, “a aplicação do direito pressupõe a interpretação, e esse vocábulo há de ser entendido como atividade intelectual que se desenvolve a luz de princípios hermenêuticos com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas”⁵⁴.

A despeito do esforço histórico e da aparente superação dos paradigmas anteriores, ainda é possível perceber seus resquícios nas produções legislativas vigentes e na produção normativa. Essa escória, que carrega marcas autoritárias, em um sistema de precedentes vinculantes pode maximizar os problemas, razão pela qual se entende necessário o reforço epistêmico da filosofia da linguagem como fundamento do pensamento jurídico.

Ademais, ainda que não se possa acessar o ato em decisório em si, a exigência argumentativa para as decisões judiciais e, especialmente, para a formação, aplicação, distinção e superação de precedentes pode ser considerada como um reforço democrático, ao passo que, além de reforçar a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões, a igualdade de julgamento, garante transparência quanto ao exercício do poder judicial e a possibilidade de seu controle e críticas.

A interpretação do direito dentro desse paradigma filosófico impõe aos julgadores a atribuição de sentidos dentro da historicidade do sistema jurídico, pois imerso em um

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 99.

⁵² TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 4.

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito – Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9.

⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

mundo linguístico, para decidir o intérprete revolve o “chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição”⁵⁵.

Em que pese o presente trabalho ser desenvolvido no âmbito da Ciência do Direito e, portanto, sem o condão de alterar seu objeto de estudo, qual seja, o direito positivo, através da linguagem entende-se possível estabelecer ponte entre a ciência e a realidade, posto que a elaboração do estudo se destina à modificação da realidade na qual está o cientista imerso.⁵⁶

1.3 Fundamentos do Estado Democrático do Direito

O encerramento da Segunda Guerra Mundial representa um marco histórico do pensamento jurídico ocidental⁵⁷. A pauta de direitos humanos passou a ser tratada internacionalmente, dando origem a organizações e tribunais internacionais, bem como a assinatura de tratados em defesa de tais direitos.

As democracias que se seguiram inserem-se em um novo paradigma constitucional, com superação do modelo anterior formalista e meramente programática, uma vez que, seguindo a tendência internacional, passam a positivizar direitos e garantias conquistados, consolidando-os e formando, como afirma Lenio Luiz Streck, um *plus* normativo-qualitativo em relação ao Estado Liberal e até mesmo ao Estado Social⁵⁸.

No Brasil, a Constituição de 1988 inaugura o Estado Democrático de Direito e mostra-se social, dirigente e compromissória⁵⁹, com conteúdo “voltado/dirigido para o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade”⁶⁰, constituindo-se de instrumento que

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Advogado, 2017.

⁵⁶ IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXI.

⁵⁷ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 42-43.

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 22.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

não apenas organiza o Estado e a sociedade, mas que subordina a todos às suas disposições e busca alcançar igualdade e proteção contra o poder estatal⁶¹.

A Constituição da República, soberana e fundamento de validade de todo sistema, adquire força normativa, imperatividade e aptidão para tutela direta e imediatamente direitos por ela enunciados⁶², dentre os quais os direitos individuais e coletivos que passam a ser tratados como fundamentais com papel contramajoritário, devendo serem protegidos em face do estado e dos anseios de classes eventualmente dominantes, pois a “vontade política da maioria governante de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental”⁶³.

Sob o princípio democráticos, todos os poderes que compõe o Estado assumem o dever e a responsabilidade de serem coerentes com os direitos de todo e qualquer cidadão enquanto indivíduo, pois pela Constituição há o compromisso de dignidade e de igualdade política em relação à minoria⁶⁴, bem como é assumida a obrigação de zelar para a perpetuação desses direitos, sendo vedado movimento de retrocesso⁶⁵.

Estabelecer o Estado Democrático de Direito como premissa para o presente trabalho se justifica na medida em que a ordem constitucional é hoje ponto de partida para qualquer construção normativa, e apenas sob tal perspectiva será possível aferir conformidade ao sistema jurídico. Por conseguinte, o estudo de precedentes, específico de precedentes no processo penal, deve perpassar pelo filtro constitucional do Estado Democrático de Direito.

⁶¹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 53.

⁶² BARROSO, Luís Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. p. 143.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.116.

⁶⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 435-436.

⁶⁵ Nesse sentido, referindo-se à proibição ao retrocesso de direitos no âmbito do poder legislativo asserem Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que “o Poder Legislativo não estaria obrigado, portanto, apenas a concretizar direitos sociais, previstos no texto constitucional, mas, após cria-los, teria o dever de mantê-los”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 679.

A incorporação e a consolidação das lutas sociais influenciam materialmente o conteúdo da nova ordem, o que “possibilita que a moral passe a ser cooriginária do direito”⁶⁶, o significa dizer que aquela não se sobrepõe a este, como se poderia pensar em uma concepção jusnaturalista, mas que também não estão dissociados como defendiam os positivistas⁶⁷.

Uma vez incorporada, porém, a moral passa a compor a historicidade do sistema jurídico pátrio, abarcando sentidos que foram forjados, compartilhados e constituem paradigma interpretativo.

Adotando-se os parâmetros estabelecidos com a filosofia da linguagem no atual paradigma democrático, não se pode admitir que a jurisdição seja pautada conforme a subjetividade do julgador, mas deve estar situada no mundo linguístico de “uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito”⁶⁸, pois texto constitucional e os princípios que hoje o integram “destacam valores e sonhos que, antes do papel, já existiam no seio da comunidade e que foram para lá trasladados, na demonstração de que os princípios possibilitam ao Direito interagir com o mundo prático”⁶⁹.

Por esse motivo, decidir discricionariamente constitui atitude antidemocrática, por ignorar a produção democrática do direito⁷⁰. Uma postura democrática do julgador, por outro lado, alude à limitação e controle do poder de decisão judicial⁷¹.

Destaca-se a compreensão de direito como integridade, forjada por Ronald Dworkin⁷², segundo a qual o direito decorre de decisões políticas tomadas no passado pela comunidade, baseadas em um sistema de princípios que justificam o conteúdo de tais decisões e a exigência de observância posterior.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito** – Hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 26.

⁶⁷ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 427.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso** – decido conforme a minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

⁶⁹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 21.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 41.

⁷¹ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo**: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 22.

⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 263-274.

Em uma perspectiva histórica, “o processo penal é um fenômeno político, pois é diretamente influenciado pelas concepções políticas preeminentes”⁷³. Trata-se de um processo de desenvolvimento constante e coerente que começa no presente, se justifica por princípios em decisões políticas passadas, mas que acrescenta ao futuro a cada interpretação jurídica⁷⁴.

Nessa perspectiva, nas decisões atuais há a interpretação da “história em movimento”, dando continuidade ao “romance em cadeia” anteriormente estabelecido pela “comunidade de princípios” da ordem democrática, de forma coerente a esse conjunto de “princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal formal”⁷⁵.

Na estrutura normativa atual os princípios incidem sobre o ordenamento e submetem toda interpretação⁷⁶. O conteúdo essencial desses princípios, explícito ou implícito, compartilhado e anterior às concepções do intérprete, plasmados no texto constitucional e legal, deve ser observado nas decisões judiciais, seja nas aplicáveis apenas aos casos individuais, seja na formação de precedentes.

Ocorre que a despeito do legado histórico, passadas mais de três décadas, ainda é possível observar resquícios dos velhos paradigmas que promovem resistência à implementação dos principais elementos característicos desse modelo de Estado⁷⁷.

Identifica-se, como aponta Lenio Streck⁷⁸, a ausência de uma filtragem constitucional, resultando em um paradoxo entre “uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos, mormente no plano dos direitos prestacionais e dos direitos de liberdade”⁷⁹.

⁷³ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 37.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 271-274.

⁷⁵ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. pp. 437-438.

⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 38.

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 7-13.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

No processo penal, as promessas democráticas nunca foram cumpridas integralmente, como afirma Jacinto Miranda Coutinho⁸⁰, mas, ao contrário, há uma tentativa de fazer prevalecer o imaginário contra a cultura democrática e, como aduz Rubens Casara⁸¹, um processo penal do espetáculo, produzido como mercadoria para satisfazer plateias e as expectativas do mercado.

Há socialmente a presença de elementos culturais de tradição autoritária que acabam por não apenas naturalizar a violência estatal, como torná-la desejável, como se observa pela exploração midiática de casos penais, e a transformação da pauta em entretenimento que legitima e enaltece o uso da força e da vingança no controle social⁸².

Como consequência muitos dos agentes ligados ao processo penal, inseridos em tal contexto, imprimem essa cultura em suas ações e acabam por construir normas autoritárias, mesmo diante de textos tendencialmente democráticos, deturpando o projeto democrático constitucional⁸³.

Tais padrões de conduta refletem os resquícios da filosofia da consciência em que o sujeito coloca suas concepções pessoais acima das construções democráticas estampadas no texto constitucional, atuando como inquisidor.

Para romper com essa lógica antidemocrática, necessário exercer força contrária de resistência à matriz inquisitória do Código de Processo Penal, em reforço ao revolvimento da tradição, das premissas democráticas e do prisma constitucional de compreensão do direito para concretização dos direitos e garantias fundamentais.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual brasileiro? In: **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 103-105 *passim*.

⁸¹ CASARA, Rubens R. R. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 60

⁸² CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. pp. 105-107.

⁸³ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. pp. 105-107.

Isso porque a opção política e jurídica “se perfaz no cotidiano pela interpretação”⁸⁴, com responsabilidade política⁸⁵, uma vez que o sentido possível do texto legal já está minimamente determinado pela Constituição e por seus princípios⁸⁶.

1.4 Fundamentos do Processo Penal

A lógica como o processo é concebido tem o condão de influenciar diretamente em seu manejo e, por conseguinte, a construção e aplicação de precedentes judiciais. Por essa razão, insta delimitar os parâmetros sobre o quais o processo penal será lido adiante.

Tem-se como premissa que a ordem democrática constitui fundamento para o desenvolvimento de qualquer ramo do direito no Brasil, e que em uma democracia somente deve haver espaço para florescimento de um processo penal igualmente democrático, cuja delimitação mínima de sentidos está na Constituição de 1988⁸⁷.

Apenas na instrumentalidade constitucional se pode fundamentar a legitimidade do processo penal democrático, a fim possibilitar instrumentos que maximizem a eficácia do sistema garantias individuais e de liberdade frente ao poder de intervenção do Estado⁸⁸.

Como assevera Juarez Tavares⁸⁹, “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. A liberdade individual decorre necessariamente do direito à vida”, consagrada na Constituição, por outro

⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 110.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito** – Hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40.

⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 110.

⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba, Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 110.

⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. pp. 35-36.

⁸⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. pp. 175-176.

lado “o que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado” e só deve ocorrer quanto estritamente necessária e fundamentada.

Acrescente-se, ainda, a necessidade de as normas penais guardarem conformidade com os pactos internacionais de caráter supralegal, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH - Pacto San José da Costa Rica, de 1969), ao qual o Brasil é signatário, e que igualmente institui uma série de garantias individuais.

Considerando a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro, há de se concluir que apenas há lugar para o desenvolvimento de um processo penal que admita adequada permeabilidade constitucionais e supralegais.

A jurisdição deve servir à tutela de direitos individuais do acusado, e como defende Thiago Minagé⁹⁰, “a primeira finalidade do processo penal é garantir os direitos inerentes a cada indivíduo submetido ao exercício do poder jurisdicional”, com estrito cumprimento do procedimento estabelecido. A segunda finalidade desse processo “é a limitação e controle do uso/exercício do poder jurisdicional”, pois “o poder não pode ser empoderado, necessita ser limitado e controlado para evitar abusos e arbitrariedades”⁹¹.

Nesse sentido, não há como conceber o processo penal como mero instrumento a serviço do poder punitivo estatal, mas sim em um papel limitador do poder e garantidor do indivíduo, o que significa dizer que só estará autorizada a imposição de penas se observado o devido processo legal substancial com seus limites e garantias, sem excessos ou arbitrariedades na repressão de delitos⁹², como mecanismo de defesa da pessoa acusada, como um meio capaz de evitar que inocentes sejam condenados⁹³.

⁹⁰ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 127.

⁹¹ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 133.

⁹² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. pp. 38-39.

⁹³ LAMY, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 171.

Há, portanto, uma intrínseca relação entre processo e democracia, à medida que se compreende o processo como uma das formas democráticas de limitação do poder estatal e mecanismos de implementação de direitos, sendo ele mesmo (o processo) um direito individual.

Aqui não se desconsidera, porém, que o processo penal em grande medida ainda serve a interesses políticos e econômicos por meio de etiquetamento, seleção e repressão de determinada camada social⁹⁴, a fim de atender a “condicionantes ideológicos, de classe, de gênero, ou mesmo a interesses econômicos”⁹⁵, com constantes violações de garantias processuais penais, notadamente em face de escórias inquisitórios do Código de Processo Penal vigente, promulgado à época do Estado Novo de Getúlio Vargas.

O contexto histórico em que foi elaborado o Código se insere em meio a Segunda Guerra Mundial, com ascensão de regimes autoritários em vários países, dentre os quais o Brasil, onde foram utilizadas leis penais e o aparato judicial para implementação de controle social, fortalecimento de instituições e majoração da ação repressiva do Estado⁹⁶.

A elaboração do Código de Processo Penal de 1941, de matriz autoritária e inquisitorial, não se trata de momento isolado da história político criminal brasileira, mas é possível observar longos períodos repressivos que legitimam a violência e fazem uso da lei penal como mecanismo de empoderamento estatal frente ao indivíduo⁹⁷, o que ainda pode ser observado em reformas posteriores, a exemplo da das recentes alterações promovidas pelo “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/2019).

⁹⁴ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

⁹⁵ CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático**: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. p. 98.

⁹⁶ LAMY, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 163.

⁹⁷ Ainda hoje é possível observar que camadas sociais defendem e legitimam o uso da força estatal e do recrudescimento penal como solução de segurança pública. A exemplo tem-se o resultado das eleições presidenciais de 2018, em que foi vencedor o candidato que assumiu tal discurso; bem como leis penais recentemente com semelhante viés, como no Pacote de Anticrime (Lei 13.964/2019), que ampliou o rol de Crimes Hediondos (Lei 8.072), aumenta penas e reduziu direitos.

Como consequência histórica desse contexto, Ana Carolina Lamy aponta a existência de uma cultura inquisitória resistente que ainda influencia nas decisões judiciais em manutenção do *status quo*⁹⁸, mesmo após a Constituição de 1988 instituir direitos conflitantes ao princípio inquisitivo e atribuir precipuamente ao Ministério Público a titularidade da instrução criminal, demonstrando a opção política pelo sistema acusatório.

Nota-se uma aparente concomitância de elementos do sistema inquisitório (princípio inquisitivo) e do acusatório (princípio dispositivo) no direito brasileiro, o que poderia levar à conclusão de existir um sistema misto no Brasil.

Do ponto de vista histórico, como aponta Jacinto Miranda Coutinho⁹⁹, é possível perceber a presença de um outro elemento de um e de outro sistema¹⁰⁰. Por serem fruto do desenvolvimento histórico-cultural, os sistemas penais acabam se influenciando com o tempo, ao passo que hoje já não se pode falar de sistemas puros, tal como concebidos em suas origens.

Em todo caso, partindo da ideia de sistema como um conjunto a partir de um princípio unificador, Jacinto Coutinho¹⁰¹ defende que não seria possível um sistema misto, porque não admissível um princípio unificador e ao mesmo tempo misto, pelo que conclui ser apenas uma aparência de um sistema misto ou, quiçá, formalmente misto,

⁹⁸ LAMY, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 169-173.

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 294-295.

¹⁰⁰ Sobre a influência entre os sistemas e a teoria de sistema misto, o autor deixa o questionamento sobre a que se refere um sistema “puro”, se diz respeito às suas características que os autores os atribuem, ou se ao que esses sistemas eram no início. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 294.

¹⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 294-295.

contudo esses elementos exógenos não possuem o condão de desnaturar, visto que “não aniquilam o princípio unificador/reitor/fundante, embora, às vezes, convivam mal no conjunto”¹⁰².

Para verificar o princípio unificador que delimita cada um dos sistemas, insta recordar as influências da filosofia no direito. Superado os paradigmas filosóficos anteriores, conclui-se ser a verdade algo inacessível, ao passo que o processo, por mais que bem instruído, nunca alcançará os fatos tal como ocorreram, pois eles se perderam no tempo.

A partir da compreensão da filosofia da linguagem, torna-se possível, por outro lado, a reconstrução linguística dos acontecimentos, através das marcas por eles deixadas (provas) e de sua interpretação. Nas palavras de Camilin Marcie de Poli, “falar de processo é falar de atividade de cognitiva”¹⁰³.

É através da linguagem que ocorre a produção probatória, o que em outras palavras, denota a produção de conhecimento a respeito dos fatos, inacessíveis em sua inteireza, todavia reconstruídos e inseridos linguisticamente pelas provas no processo. Constrói-se, assim, a verdade e o conhecimento processual a partir da posição em que se fala nos autos:

Nesse sentido, o processo penal é um instrumento de produção de conhecimento, pois para decidir (sentenciar) é preciso se ter conhecimento (ainda que não real, mas possível). Não se trata do crime em si, do fato histórico (aparentemente) existente, pois ele é irrepetível (uma vez que já consumado), mas da sua reconstituição. A reconstituição é feita na instrução por meio da linguagem, pois todo e qualquer conhecimento é produzido intersubjetivamente na linguagem e através dela¹⁰⁴.

A gestão da prova é, portanto, elemento essencial para construção da verdade do processo e constitui, na visão de Jacinto Miranda Coutinho¹⁰⁵ o elemento

¹⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 295.

¹⁰³ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 38.

¹⁰⁴ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 39-40.

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. v. 1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. pp. 123-124.

caracterizador dos princípios unificadores de cada um dos sistemas processuais penais, visto que é determinante para os autos quais são os sujeitos responsáveis por trazer o conhecimento ao processo, ou seja, quem detém a iniciativa probatória: se o protagonismo probatório é assumido pelo julgador, estará presente o princípio inquisitivo e, portanto, o sistema inquisitório; por outro lado, se é das partes a iniciativa probatória, será um processo de partes, tendo por princípio unificador o dispositivo¹⁰⁶.

Um processo no qual há iniciativa probatória pelo julgador restará prejudicada a parcialidade daquele que ao final julgará o caso, pois restará contaminado por sua iniciativa que tendencialmente o deslocará para um dos lados. Ao deixar exclusivamente que as partes produzam as provas, no entanto, o julgador se aterá ao que apresentado nos autos, submetendo o diálogo entre as partes, à sua participação com promoção do efetivo contraditório e da ampla defesa, direitos essenciais a um devido processo legal.

Não se olvida, porém, que há na estrutura processual penal uma imensa disparidade de forças entre acusação, amparada pela estrutura do Estado, através do Ministério Público, e a defesa.

Faz-se necessária a postura de um órgão julgador imparcial, o que apenas é possível pela se efetivamente incorporado o sistema acusatório, afastando o protagonismo do julgador, aproximando as partes do processo, e abrindo-se espaço para o efetivo contraditório.

Assim, para que se conclua pela finalidade de um tema de direito processual penal, tem-se que identificar de onde ele partiu; se da incidência de atos norteados pelo princípio inquisitório ou norteados pelo princípio dispositivo. E somente assim é possível estabelecer um critério para sua análise crítica¹⁰⁷.

A separação das funções de acusar e punir é indispensável para um processo imparcial e, igualmente, para formação de precedentes judiciais imparciais, que respeitem ao contraditório e à efetiva função do processo penal.

¹⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 296.

¹⁰⁷ LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 167.

O processo penal não é instrumento para punição, mas sim instrumento de participação para efetivação democrática, devendo ser admitido como garantia. Igualmente não se pode considerar a pessoa acusada como um mero objeto sobre o qual incidirá uma pena, mas ao contrário, impõe-se admitir a pessoa acusada como sujeito de direito, que integra a relação jurídica processual e deve ser assegurado o efetivo contraditório e ampla defesa.

As distorções porventura existentes não devem justificar o descumprimento deliberado dos comandos constitucionais, mas sentido contrário, devem impulsionar a busca de mecanismos capazes de implementar garantias e o sistema acusatório, promovendo a releitura do Código de Processo Penal, e demais disposições infraconstitucionais eventualmente construídas sob a égide inquisitorial.

A concepção do processo penal, enquanto garantia, possível pelo sistema acusatório e efetivo exercício do contraditório e demais garantias processuais, são de elementos indispensáveis para ideação de qualquer instituto de direito processual penal.

A fim de conformar resquícios autoritários e inquisitórios, defende-se a necessidade de enxergar o processo penal sob o novo paradigma constitucional com vistas ao reforço democrático e para efetiva implementação do sistema acusatório, quiçá pela aplicação dos precedentes.

2 TRADIÇÕES JURÍDICAS OCIDENTAIS E POSSÍVEL CONVERGÊNCIA

A despeito do presente trabalho não se prestar a uma análise histórica do direito, acredita-se que uma breve incursão retrospectiva pode auxiliar na compreensão da formação das tradições jurídicas e do desenvolvimento dos precedentes no Brasil.

Parte-se da premissa de que o direito positivo não deve ser considerado em si mesmo, devendo-se compreendê-lo como uma construção artificial, produto do desenvolvimento da sociedade na qual está inserido e, por conseguinte, resultante de determinado momento histórico, situado no tempo e no espaço, que se liga às "práticas, experiências, interesses, complexidade, conflitos, fatores e acontecimentos históricos"¹⁰⁸.

De se considerar, ainda, que os objetivos e a perspectiva do estudo aqui empenhado poderão, igualmente determinar seus resultados, tendo em vista que, como pontua Michele Taruffo, não há análise neutra ou indiferente, mas ao contrário "é condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais ele realiza seu próprio trabalho"¹⁰⁹.

Os apontamentos temporais adiante relatados servem, unicamente, aos propósitos do trabalho, não se revelando como critérios exatos, uma vez que, como observam Aurélio Viana e Dierle Nunes, são necessários numerosos fatores para "determinado fato histórico progredir, o que normalmente não se relaciona a um ano ou ciclo específico"¹¹⁰:

A história humana não se dá por fases estanques, como às vezes sua descrição em períodos nos livros didáticos sugere ao inadvertido. Ela se constitui em processos complexos, nos quais elementos de conformação política, social, e de costumes do período anterior permanecem no período posterior. Não há, inclusive, garantias contra retrocessos e involuções civilizatórias. Ordem há na descrição histórica e nas tentativas de sua compreensão; todavia, na história vivida, prevalece o caos¹¹¹.

Não raro, há um descompasso entre os grandes eventos sociais e os respectivos reflexos jurídicos, estes com defasagem em relação àqueles, uma vez que a realidade

¹⁰⁸ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 31.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, abr.-jun., 2003.

¹¹⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mudança no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 40.

¹¹¹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016. p. 17.

se apresenta mais dinâmica. Em todo caso, como afirma Mario Losano¹¹², todo direito positivo, além de compreender as regras jurídicas, concretiza interesses e apresenta mecanismos para sua manutenção, “exprime uma certa filosofia do direito (às vezes inconscientemente) e é fruto de uma atividade política, na qual se procurou sobrepor um certo valor socioeconômico a alguns outros: a vitória final é satisfatória daquele valor numa norma do direito positivo”. Assim, o direito positivo de um país reúne o corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas, mas em geral também reflete sua historicidade¹¹³.

A dinâmica de desenvolvimento social de cada região e as influências sofridas resultaram em formas diferentes de decidir e em vinculações distintas quanto ao direito¹¹⁴. Não obstante, a proximidade territorial e as influências mútuas implicaram semelhanças entre alguns sistemas jurídicos de diferentes países. Quando agrupadas, essas semelhanças originam a classificação das tradições jurídicas, definidas por John Merryman como:

*un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.*¹¹⁵

A formação de uma tradição jurídica revela-se um processo de amadurecimento jurídico de determinada comunidade¹¹⁶, forjada em um modelo de pensamento que reúne história, cultura, bem como interesses políticos e ideológicos de quem ocupa a situação de poder¹¹⁷, influenciando, ademais, a racionalidade jurídica e a produção normativa de cada Estado, com afetação, inclusive, da estrutura processual.

¹¹² LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 3-7.

¹¹³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 13-15.

¹¹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 34.

¹¹⁵ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 15.

¹¹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 41.

¹¹⁷ POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 27-28.

Difícilmente se encontrará correspondência exata entre os sistemas jurídicos¹¹⁸ de países distintos¹¹⁹, uma vez que cada um se estabelece em momentos e condições histórico-políticas diversas, resultando em variações dentro de cada uma das tradições.

A confluência histórica ocidental¹²⁰, no entanto, fez com que se conservassem algumas semelhanças na forma como os países operam seu sistema legal, organizam, produzem, aplicam, estudam e ensinam o direito positivo, semelhanças comumente agrupadas em “tradições” de *civil law* e de *common law*¹²¹.

2.1 Formação do *civil law* e a codificação

A tradição *civil law* tem sido referida como nascida por volta de 450 a.C., com a publicação das XII Tábuas de Roma. No entanto, dois momentos históricos posteriores parecem ser realmente determinantes para as feições comumente atribuídas a essa tradição, são eles, a consolidação do *Corpus Juris Civilis* e a Revolução Francesa¹²².

¹¹⁸ "Un sistema jurídico como se usa el término aquí, es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas." (MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 13).

¹¹⁹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹²⁰ Não se ignora, porém, que alguns países ocidentais não se enquadram nessas tradições jurídicas, a exemplo dos sistemas legais escandinavos. Além disso, destaca-se a existência e desenvolvimento de outras tradições ao redor do mundo, como as tradições socialista, mulçumana, de origem religiosa, indígena, indiana, japonesa etc. [MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 19-20.] Para uma perspectiva não eurocêntrica dos sistemas jurídicos, conferir LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹²¹ PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹²² ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. pp. 34-35.

O *Corpus Juris Civilis*¹²³, elaborado por volta de 533 d.C. em Constantinopla¹²⁴, então sede do Império Romano Bizantino - nessa época reduzido territorialmente ao Oriente—, foi formado com o objetivo de resgatar a herança jurídica clássica, através da compilação do Direito Romano, e estabelecer um “código de conduta” para orientar a aplicação da lei, lastreada em preceitos como a justiça e a equidade¹²⁵, bem como na conveniência e avaliação do que era correto segundo os parâmetros justinianos¹²⁶.

Considerado o documento jurídico mais importantes da história ocidental, o *Corpus Juris Civilis* representa marco civilizatório por constituir um sistema unificado de leis¹²⁷, resultado da sistematização¹²⁸ de decisões proferidas em casos concretos¹²⁹. Assim, essas decisões compiladas não tinha uma premissa posta anterior que lhe dava fundamento, mas decorriam da atuação de juiz que era acionado para solucionar uma jurídica. É apenas partir do *Corpus Juris Civilis* que ocorre a “concentração das fontes do direito, e a tentativa de sua sistematização como forma de precluir a interpretação para os juízes”¹³⁰.

¹²³ Embora comumente referido como unitário, o referido documento era composto por quatro obras distintas: Digesto, Código, Instituições e Novelas. As três primeiras representam o núcleo da compilação, compostas, respectivamente, por trechos de obras dos principais juristas romanos, as leis do império, e conteúdo didático para o aprendizado do direito. As Novelas, publicadas posteriormente, tinha o condão de atualizar o Digesto, o Código e as Instituições. [LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 34-38].

¹²⁴ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 15-18.

¹²⁵ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. pp. 41-42.

¹²⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 91.

¹²⁷ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 41-43. LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 38.

¹²⁸ Segundo Mario Losano, a noção de sistema constitui uma contribuição grega ao pensamento ocidental, influencia essa que permeou a estrutura jurídica e se tornou uma das características diferenciadoras em relação ao direito não ocidental. [LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 34.]

¹²⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. pp. 34-35.

¹³⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 88-90.

Existia uma preocupação em julgar casos análogos do modo semelhante, sendo os primeiros julgados considerados paradigmas aos posteriores e para a origem ao *Corpus Justiniano*¹³¹.

O declínio do Império Romano (476 d.C.¹³²) ocasionou também o esmorecimento da cultura jurídica e o esquecimento da compilação¹³³, abrindo caminho a expressões jurídicas locais, mais singelas e reduzidas, com influência dos povos que adentraram ao território da Europa Ocidental, além estabelecimento de feudos na alta Idade Média em procura de proteção e segurança¹³⁴.

Somente por volta do ano 1000 são reencontrados os livros do *Corpus Juris Civilis* e aproveitados no florescimento dos movimentos de renascimento intelectual e comercial da Europa nos séculos XI e XII. À época, surgia a necessidade de refinar o arranjo administrativo e jurídico a fim de garantir alguma estabilidade às relações comerciais, e a compilação justiniana dotava de características propícias, pois trazia à tona uma forma sistematizada, racional, prática e lógica do direito¹³⁵.

Fora dos grandes centros políticos, a fim de garantir maior liberdade de ensino¹³⁶, o Direito Romano tornou-se objeto de estudo nas universidades, inicialmente com a Escola dos Glosadores (século XII e XIII), que se debruçaram em um estudo analítico e literal, seguidos pelos estudos da Escola dos Comentadores (final do século XIII ao

¹³¹ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 34.

¹³² O ano de 476 se refere a data convencionada sobre o fim do império, que tem como parâmetro a invasão dos povos bárbaros, que fez com que o império perdesse a harmonia e unidade. [NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 43].

¹³³ Deve-se ao fato, sobretudo, de que a compilação era redigida em latim, enquanto a língua oficial do Império Bizantino, a partir de 610, era o grego. [NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 43]

¹³⁴ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. p. 669.

¹³⁵ NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. pp. 47-50.

¹³⁶ Salvo poucas exceções, como Paris, o estudo jurídico estava afastado dos centros políticos. Cita-se a primeira delas, instituída em Bolonha, por volta de 1088 (data oficial, porém com estudos anteriores), Oxford e Cambridge na Inglaterra e Salamanca na Espanha. NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. p. 56.

século XV), ampliando a ciência jurídica na busca de métodos distintos de interpretação que permitisse a adaptação à realidade de cada Estado que viriam a se formar¹³⁷.

Há certa continuidade no estudo desses dois grupos, pois é com base nos princípios e estudos restaurados pelos glosadores, que os comentadores buscavam interpretar de acordo com a dialética aristotélica e promover aproximação com a realidade vivida¹³⁸. Forma-se nas universidades uma ciência do direito teórica, erudita e escrita que, conquanto não se limitasse ao documento romano, se aproximava mais dele do que do direito local vulgar¹³⁹.

O *Corpus Juris Civilis* passou a ser admitido como “direito comum”, suplementar ao direito consuetudinários e legislado da época¹⁴⁰, pois dotava de maior sofisticação e abarcava maior número de situações sociais. Tornou-se inspiração para os sistemas jurídicos que acenderam na região e, assim, auxiliou na unificação da cultura jurídica europeia¹⁴¹. Destaca-se que em alguns lugares foram utilizados precedentes com caráter vinculante nesse processo de unificação, demonstrando que sua utilização não se restringia ao *common law*¹⁴².

A Igreja Católica, que ampliara progressivamente sua autoridade desde a cisão do Império Romano e a fixação do centro político em Constantinopla, período em que o Bispo de Roma exerceu considerável influência no pensamento jurídico, perdeu força com a ascensão do pensamento antropocêntrico, racionalista e laico.

A conservação de um certo tipo de sociedade, ou sua mudança, depende do direito para a proteção dos fundamentos que sustentam tal sociedade, nessa perspectiva, o

¹³⁷ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. pp. 669-671.

¹³⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 54.

¹³⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1475.

¹⁴⁰ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. pp. 669-671.

¹⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1475-1476.

¹⁴² ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 92.

direito se amolda e alia-se à gestão da situação e os interesses postos. Assim, com a alteração dos eixos de poder, há igualmente o movimento jurídico capaz de assegurar esse câmbio:

à medida que as culturas se desenvolvem e se, refinam ele se une estreitamente às teologias e, quando o mundo religioso entra em crise, procura em si mesmo a sua razão de ser (positivismo jurídico), ou melhor, volta à realidade econômica, tomando consciência de que é um instrumento à gestão de tal realidade¹⁴³.

Pelo movimento positivista, a Igreja Católica perdeu o poder de controle sobre o soberano, pois seu direito natural não ter poder coercitivo, e há na desvinculação entre direito e religião, propiciando a laicidade do governo e do direito¹⁴⁴.

Entre os séculos XVII e o início do século XIX, que há um movimento de consolidação jurídica e o princípio de um processo de monopolização da produção jurídica por entes políticos que progressivamente se organizam e ganham prevalência, rompendo com o medievo, afastando o direito romano e o direito consuetudinário particulares¹⁴⁵, reduzindo, assim, o substrato jurídico comum à Europa ocidental¹⁴⁶.

A monarquia apoia-se na ideologia nacionalista e na ideia da soberania para promover a centralização, assumindo a única fonte do direito (positivismo interno). A autoridade do soberano se sobrepõe ao direito local e ao consuetudinário, e apresenta a codificação como forma de afirmação de seu poderio, bem como para reter a ordem anterior. Ainda, o conteúdo jurídico nacional pudesse guardar semelhanças ao anterior, a autoridade passava a ser proveniente do Estado, ao passo que influências externas apenas poderiam ser admitidas com o consentimento do soberano (positivismo externo)¹⁴⁷.

A alteração da posição do homem frente ao conhecimento jurídico, possibilitou um processo de modificação da estrutura social e da concepção de Estado, pois a

¹⁴³ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 19.

¹⁴⁴ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 43-44.

¹⁴⁵ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. pp. 673-676.

¹⁴⁶ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XXI.

¹⁴⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 43-48.

centralização jurídica pelo monarca absolutista dá contorno à ideia de Estado Nacional e empodera aquele que detém o poder jurídico:

Se no medievo o homem está submetido a um direito que exsurgia da sociedade, em um cenário quase que cósmico, com a modernidade o homem se vê na condição de amoldar as estruturas sociais, de assujeitá-las. Nasce, assim, a noção moderna de Estado e os primeiros contornos de uma ideia de sujeito solipsista, capaz de conformar a ordenar a própria realidade¹⁴⁸.

A ascensão da figura do homem (e, por conseguinte, da figura do soberano e do julgador), reduz-se o compromisso com a realidade, pois ele mesmo é o “fundamento sobre o qual se estrutura cognitivamente a realidade”¹⁴⁹. Legitima-se a atuação voluntarista e autoritária do intérprete como “senhor do texto” legal, que se sente autorizado ignorando a intersubjetividade em que está inserido e a assujeitar de forma autoritária aqueles que estão sob seu jugo¹⁵⁰.

A Revolução Francesa eclode tendo como um dos objetivos a contenção do poderio e dos abusos dos soberanos. Calcada em ideais racionais, inspirada em teóricos como Montesquieu e Rousseau, defendeu-se que o poder não deveria ser concentrado nas mãos de um único homem, mas sim repartido; e que a lei deveria ser a expressão da vontade geral da nação, devendo ser aplicada tal como dispõe seu texto, com mínima (ou nenhuma) interpretação por parte do julgador¹⁵¹.

No século XIX, as codificações trazem marcas dos princípios do Iluminismo e um novo texto legal é destaque: o Código de Napoleão, de 1804¹⁵². Não se trata de uma mera reunião de textos já existentes, mas sim de um novo instrumento jurídico, abrangente e sistematizado, redigido para aquela ocasião e interesses vivenciados na França,

¹⁴⁸ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. p. 674.

¹⁴⁹ CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 89-92.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. pp. 207-209.

¹⁵¹ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 35.

¹⁵² LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 59.

tendo o condão de substituir as disposições legais, costumes e autoridades anteriores¹⁵³.

Trata-se da ruptura com o Antigo Regime, com a incorporação de princípios da Revolução Francesa, e o emprego da lei escrita como mecanismo para garantir juridicamente os direitos tidos como naturais, tais como a propriedade, a liberdade e a vida¹⁵⁴, seja frente a particulares ou ao próprio Estado.

Ao Estado caberia o reconhecimento desses direitos e a atuação mínima, em respeito à autonomia privada, da força dos contratos, a liberdade comercial, dentre outros, devendo intervir apenas quando assim solicitado por quem se sentisse violado pelo descumprimento dos pactos estabelecidos com outrem¹⁵⁵.

Em virtude dos abusos antes praticados pelos soberanos, a Revolução Francesa preocupou-se com a separação dos poderes e a limitação do Poder Judiciário, historicamente ocupado pela aristocracia que tomava decisões que beneficiava o Rei em detrimento dos cidadãos.

Intentava-se elevar o grau de certeza jurídica através de um “condigocentrismo”¹⁵⁶, forjando um *civil law* calcado no primado da lei, com exaltação dos aspectos da escola da exegese, subordinando o julgador às disposições “literais” do Código, o qual era apresentado com pretensa completude, supostamente capaz de abarcar respostas às mais diversas questões, como forma de reduzir a margem interpretativa e a atuação dos julgadores.

Ao judiciário não era permitida inovações, acréscimos ou preenchimento de lacunas, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e usurpação do poder conferido pelo povo ao Legislativo. O juiz deveria apenas realizar papel de menor

¹⁵³ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. p. 676.

¹⁵⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1476-1478.

¹⁵⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 59.

¹⁵⁶ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. pp. 676-678.

importância: ser a boca da lei e realizar simples subsunção¹⁵⁷, ou seja, a seleção do dispositivo do Código aplicável ao caso¹⁵⁸.

Tamãha eram as pretensões com o Código napoleônico, que John Merryman se refere a elas como utópicas, pois pretendiam um direito simples, claro, preciso e sem lacunas, a ponto de que qualquer cidadão o compreendesse e invocasse em sua defesa sem sequer precisar de advogados ou que recorrer ao judiciário¹⁵⁹.

Conforme já explicitado nas premissas do presente trabalho, pela perspectiva da filosofia da linguagem, tais pretensões se mostram, de fato, no mínimo ilusórias, pois não há como alcançar todos os sentidos de antemão e nem como evitar a atividade interpretativa, “o sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto”¹⁶⁰. Ademais, a realidade social é sempre mais complexa e dinâmica do que o direito (linguagem) seja capaz de abarcar.

Não por acaso, também os costumes são abarcados pela teoria das fontes de *civil law*, admitindo-os com menor importância e em menor nível hierárquico, mas aplicável em casos de na ausência de legislativa capaz de resolver o caso em comento. Na prática, tal postura eleva os costumes, que não foram elaborados pelo legislativo, a semelhante função de uma lei, sendo assim referida em sentido amplo¹⁶¹.

Tal situação parece um contrassenso na perspectiva positivista exegética que apenas admitiria atividade legislativa para criar o direito, mas demonstra a falibilidade de uma suposta completude dos códigos, além de evidenciar a importância da interpretação, até mesmo para indicar a ausência de uma lei (em sentido estrito) e justificar a necessidade de abertura para um costume.

No que tange ao direito processual penal, a França napoleônica instituiu um suposto direito misto entre o inquisitivo e acusatório e fez algumas alterações quanto ao procedimento do júri, jurisdição já implementada anteriormente para apuração de

¹⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1476-1479.

¹⁵⁸ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 60.

¹⁵⁹ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 58-59.

¹⁶⁰ STRECK, Lenio. **Compreender o direito – Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9.

¹⁶¹ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 50-51.

crimes: (i) a fase de instrução preparatória era marcada pelo princípio inquisitivo, procedimento secreto, escrito e dirigido por um magistrado; (ii) seguido por fase instrutória, presidida por magistrado, igualmente secreta e sem contraditório, que, se concluída pela admissibilidade da acusação, levava o réu (iii) ao júri de julgamento¹⁶².

A codificação francesa e seu modelo de processo penal chamou a atenção de outras regiões da Europa e da América Latina no século XIX, chegando a serem copiados. A Alemanha, tal como na França, utilizou-se a codificação como mecanismo de unificação da nação, porém, seguiu caminho bem diverso¹⁶³.

Diversamente da França, na Alemanha a construção jurídica não se deu por ruptura revolucionária, e nem espelhou o direito francês, mas buscou a consolidação do direito já desenvolvido na região¹⁶⁴, pois segundo defendia um grupo de juristas da escola histórica, dentre eles Friedrich Carl von Savigny, o direito deveria ser determinado historicamente pelo desenvolvimento desse povo¹⁶⁵.

Para a elaboração de um código adequado ao povo alemão, desenvolveu-se um estudo científico para identificação dos princípios fundamentais presentes em seu contexto histórico-jurídico, o que remonta ao estudo do direito romano e germânico, o que culminou em 1896 no Código Civil Alemão, com base científica, elaborado para ser manejado como ferramenta por profissionais¹⁶⁶.

Destacadas as diferenças, alguns elementos comuns entre a codificação francesa e alemã os colocam em uma mesma tradição jurídica. As principais similitude estão na rígida separação de poderes de ambas, que restringem a atividade criativa ao Legislativo e vedam ao Judiciário¹⁶⁷, além da pretensa completude dos textos legais como forma de reduzir a interpretação judicial.

¹⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 80.

¹⁶³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 61.

¹⁶⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1479.

¹⁶⁵ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 61.

¹⁶⁶ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 61-63.

¹⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1481.

Tais características, segundo John Merryman¹⁶⁸ representam a ideologia por detrás da codificação de *civil law* e efetivamente os diferencia da legislação de países de *common law*, uma vez que nesta tradição, ainda que exista a presença de leis escritas e sua organização em códigos, tem esse caráter rígido de separação de poderes a fim de limitar o poder judiciário, nem a pretensa completude.

Insta destacar que a sociedade está em constante movimento, o que igualmente provoca mobilidade ao direito, ainda que mais lentamente. Especialmente a partir da segunda metade do século XX, ocorreram movimentos de aproximação das tradições jurídicas¹⁶⁹.

A *civil law* foi especialmente impactada pela adoção de Cartas de Direitos Fundamentais, bem como pela adoção em muitos países de um modelo constitucional rígido, que elevou a Constituição a nível hierárquico superior a todas as demais fontes, restringe a atividade do Legislador ao passo que estabelece requisitos específicos para edições de emendas constitucionais, e cria a possibilidade de controle judicial para verificação de constitucionalidade das leis¹⁷⁰.

Ou seja, há o abrandamento do legislativo e ampliação de atribuição do judiciário, sobretudo pela jurisdição constitucional (*judicial review*), com controle material de constitucionalidade, com base nos direitos humanos e fundamentais incorporados.

2.2 Formação do Common Law Inglês e o Uso dos Precedentes

A consolidação do direito inglês ocorreu de forma relativamente autônoma em relação à Europa continental. Não se trata de um direito originado nas universidades, tal como ocorreu com a retomada do *Corpus Juris Civilis* para o *civil law*, mas sim de um “Direito de processualistas e práticos”¹⁷¹, que se desenvolveu de forma mais contínua, produto da evolução de seu direito consuetudinário e da atividade dos Tribunais Reais.

¹⁶⁸ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 54-65.

¹⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1479.

¹⁷⁰ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 51-52.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 23.

A continuidade mencionada não se deve à ausência de mudanças, mas sim à ausência de ruptura resultante de uma revolução¹⁷². O início dessa tradição é demarcado pela batalha de Hastings, em 1066, quando os normandos derrotaram os nativos e conquistaram a Inglaterra¹⁷³. Desde então, o direito inglês amadureceu e adaptou-se conforme o seu uso¹⁷⁴.

Só a monarquia inglesa, não atingida pela Revolução Francesa, continua sua evolução consuetudinária e ainda hoje se apresenta como um *unicum* no direito público: a constância excepcional de suas instituições não é apoiada por nenhuma constituição escrita, mas é confiada a um agregado heterogêneo de normas de *Common Law*, de documentos fundamentais, de usos¹⁷⁵.

O caso inglês se diferencia do continente ao acolher o direito consuetudinário como a identidade de seu povo¹⁷⁶, assim não foi preciso usar mecanismos jurídicos, como a codificação, para sobrepor ou reter a uma ordem jurídica anterior¹⁷⁷, mas ocorreu a incorporação do direito local na nova produção jurídica, englobando elementos de vários costumes.

Não obstante, existiram momentos distintos no curso da história do direito da Inglaterra, o que é dividido por René David¹⁷⁸ em quatro momentos¹⁷⁹: i) período anglo-saxónico (anterior à conquista normanda); ii) formação da *common law*, compreendida entre 1066, com o domínio dos normandos, até a dinastia Tudor, em 1485; iii) desenvolvimento da *common law* e a aparecimento da *equity*, entre 1485 e

¹⁷² ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 34.

¹⁷³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 17.

¹⁷⁴ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 35.

¹⁷⁵ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 77.

¹⁷⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1478.

¹⁷⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 46-47.

¹⁷⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**: Direito Comparado. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 331.

¹⁷⁹ Aurélio Viana e Dierle Nunes criticam uma classificação cronológica rígida e alertam que a obra de René David é anterior às reformas ocorridas no direito inglês na década de 1990 e dos anos 2000, dentre as quais citam-se um novo Código de Processo Civil e a reorganização do poder judiciário, o que poderia impactar na delimitação sugerida por René David. [VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mudança no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.]

1832; e, por fim, iv) período moderno, inaugurado com a Lei de Organização do Judiciário e que se estende até os dias atuais.

Considerando, porém, que a obra de René David foi publicada antes das alterações mais recentes do direito inglês¹⁸⁰, acredita-se ser possível acrescentar mais um período na cronologia sugerida pelo autor, a fim de compreender a década de 1990 e seguintes, que adiante serão explicitadas.

O primeiro período refere-se à demarcação da existência de um direito anterior à *common law*, momento em que foi formado e garantido o respeito aos costumes locais¹⁸¹.

No período seguinte, estreado pela vitória dos normandos em 1066, inicia-se na Inglaterra um feudalismo peculiar, com um poder forte e centralizado na figura do rei. Não foram formados grandes feudos, mas sim um agrupamento dos senhores junto ao soberano, o que promoveu também uma organização militar¹⁸².

Os normandos possuíam expressiva experiência administrativa e com a centralização de poder, propiciaram também um processo de centralização jurídica, utilizando o direito como instrumento de governo e para garantir a efetividade e execução das decisões reais, introduziu-se a figura do *sheriff* para tanto¹⁸³.

É nesse segundo período que há a gradual concepção do “*common law*”, expressão que designativo do direito aplicado e desenvolvido em todo o Reino Unido centralizado nas Cortes Reais de Justiça de Westminster¹⁸⁴, em detrimento do direito local, aplicado pelas jurisdições locais.

Inicialmente, a assembleia de homens livres (*County Courts* ou *Hundred Courts*) aplicava o direito costumeiro local, substituída posteriormente pelas jurisdições senhoriais, *Courts Baron* (*Court Leet* ou *Manorial Courts*), subordinadas ao rei¹⁸⁵.

¹⁸⁰ René David faleceu em 1990.

¹⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1463.

¹⁸² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 330-333.

¹⁸³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 24.

¹⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1458.

¹⁸⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 333-334.

Existiam, ainda, tribunais eclesiásticos que aplicavam o direito canônico, porém de forma externa às instituições de direito do Estado¹⁸⁶.

Em preocupação com a coerência das decisões, os juízes respeitavam os julgamentos anteriores quando referentes a casos semelhantes, uma indicação da incipiente doutrina dos “precedentes”¹⁸⁷, denominação que, no entanto, acredita-se, tenha sido utilizada apenas em 1557¹⁸⁸.

Ao Rei eram dirigidas questões excepcionais de “alta justiça”, em caso de ameaça à paz do reino ou quando as circunstâncias impossibilitassem a prática da justiça por meios ordinários¹⁸⁹.

A competência dos Tribunais Reais para atuação direcionada aos particulares era um privilégio excepcional. O interessado deveria dirigir-se ao Chanceler, grande oficial da Coroa, e pedir a concessão de uma ordem real para que sua questão fosse levada à jurisdição (*writ*). Com o tempo, o costume consagrou algumas situações nas quais eram concedidos *writs* sem a necessidade de exame pelo oficial, criando-se uma lista prévia (*brevia de cursu*)¹⁹⁰.

O surgimento do sistema dos *writs* é apontado por Lenio Streck e Georges Abboud como “uma construção original do *common law* que de fato o individualiza em relação aos demais sistemas”¹⁹¹. Por essa via, consolida-se o poder judicial do rei como o senhor feudal supremo, competente para julgar casos relacionados à Coroa, com poder sobre os tribunais inferiores, e a quem poderiam ser dirigidas apelações contra decisões dos demais senhores.

O processo inglês restou consolidado como de direito público, pois os litígios submetidos aos Tribunais Reais interessavam à Coroa. Há que se compreender que,

¹⁸⁶ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 47.

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 24-25.

¹⁸⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mudança no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 44.

¹⁸⁹ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 334.

¹⁹⁰ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 335-336.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 24-25.

tecnicamente, o *writ* significava também uma ordem do rei para que seus agentes impulsionassem a jurisdição¹⁹².

A despeito da excepcionalidade, poderia ocorrer o alargamento da competência dos Tribunais Reais através de um ato instrutório de instância (*declaration*), com apresentação pormenorizada do caso pelo particular, podendo levar a corte a se interessar em julgar tal ação (*actions on the case*)¹⁹³.

Paralelamente à ampliação dos Tribunais de Westminster, a jurisdição local perdeu força, de modo que, no final da Idade Média, os Tribunais Reais eram os únicos a administrar a justiça, assumindo também a jurisdição de direito comum no século XIX¹⁹⁴.

Quando finalmente acessada a jurisdição, devia ser enfrentado um processo cheio de formalismo e sem preocupação com a “realização da justiça”¹⁹⁵. O direito inglês desenvolve-se especialmente no campo processual, com estabelecimento de regras procedimentais rígidas. Era necessário manejar o remédio processual adequado ao caso concreto¹⁹⁶, observando procedimentos específicos que se diferenciavam a cada *writ* ou *actions on the case*¹⁹⁷.

Em um processo dividido em duas fases, e artificialmente construído, a função dos juízes era mais de dirigir o processo e prepará-lo para o júri. Formulada a questão de fato na primeira fase, o processo era levado a júri e, ao final, proferida a decisão pelo juiz, porém com base no veredito dos jurados¹⁹⁸.

Em 1215, após a guerra entre o rei João Sem Terra e os barões, instituiu-se a Carta Magna (*Magna Charta Libertatum*), documento inovador que impôs limitação ao poder

¹⁹² DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. pp. 342-343.

¹⁹³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 337.

¹⁹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 336.

¹⁹⁵ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mudança no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.43.

¹⁹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1459.

¹⁹⁷ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 339.

¹⁹⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 339.

do rei¹⁹⁹ através do surgimento do princípio do devido processo legal (princípio que anos depois viria a ser mais bem desenvolvido no *common law* norte americano)²⁰⁰.

Embora comumente referido como uma Constituição, trata de um documento elaborado a partir de um “conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades”, e que hoje agrega em seu conteúdo também os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela Inglaterra²⁰¹.

Nesse cenário de limitação de poder, em 1258, as Provisões de Oxford proibiram a criação de novos *writs*, que apenas foram autorizados em 1285 pelo *Statute of Westminster II*, desde que se referisse a caso semelhante a um anterior, concessão que mais uma vez demonstra a busca por um modelo de justiça coerente, ou a gênese dos precedentes, como apontam Aurélio Viana e Dierle Nunes²⁰²:

A inovação promovida pelo *Statute of Westminster II*, ao exigir o apontamento da semelhança entre o caso presente e o *writ*, prenuncia a técnica jurídica do cotejo de casos, imersa na cultura do *common law*, e capaz de ilustrar a dinâmica de funcionamento desse modelo, orientado por decisões pretéritas²⁰³.

O excesso de formalismo do *writ* restringia o acesso aos tribunais do *common law*, levando o uso do direito como estratégia de governo e não como “meio de realização de justiça”, denotando uma percepção de deficiência do modelo.

Como consequência, os recursos ao rei ficaram mais frequentes e no século XV o Chanceler se tornou uma espécie de juiz autônomo em nome do rei, julgando conforme a equidade²⁰⁴, o que leva ao terceiro momento histórico, quando há o surgimento da *equity* a partir das decisões da *Court of Chancery*, com inspiração do direito romano e do direito canônico²⁰⁵.

¹⁹⁹ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mudança no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 44-46.

²⁰⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 36-37.

²⁰¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1462.

²⁰² VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mudança no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 44-46.

²⁰³ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mudança no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.46.

²⁰⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**: Direito Comparado. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 346.

²⁰⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

A *equity* se tornou um recurso dirigido à autoridade real, sob fundamento de evidente injustiça no julgamento do caso concreto. Apresentava muitas distinções em relação à *common law*, dentre as quais destacam-se seu processo escrito, secreto, não submetido ao júri, de inspiração romano-canônico, e decidido de forma discricionária pelo Chanceler²⁰⁶. Em oposição, a *common law* possuía processo oral, público, com atribuição da solução da controvérsia ao júri, organizado de forma mais clara de acordo com as *forms of action*, embora muito formal, com preocupação com a coerência e observância das decisões anteriores em casos semelhantes²⁰⁷.

Saliente-se que a partir do século XIV os juízes de *common law* acentuaram sua independência institucional e já rechaçavam a ideia de atuação discricionária, situação que conferiu coerência e confiança entre os próprios magistrados sobre suas decisões, levando-os a respeitar e observar os julgamentos anteriores. Para esse processo foi indispensável a desvinculação dos interesses políticos do rei, conquistada graças à luta constitucional, quando Parlamento e Judiciário insurgiram contra o rei²⁰⁸.

Na prática, o *equity* agregou princípios gerais ao direito inglês e auxiliou na promoção de anseios da sociedade, o que se mostrou essencial à formação jurídica da Inglaterra²⁰⁹. Por outro lado, desgastou a *common law* e provocou certa estagnação, por ausência de reflexão e de compilação de precedentes nessa fase²¹⁰.

Nesse período ocorreu a coexistência de duas jurisdições distintas e opostas em um mesmo ordenamento jurídico²¹¹, mas, em essência, o direito inglês continua sendo de *common law*, e veio a se adequar posteriormente, inclusive com a incorporação da

²⁰⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 24-27.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 30-31.

²⁰⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

²¹⁰ VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mudança no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51.

²¹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 27.

equity como forma de completar e aperfeiçoar a tradição inglesa com estrutura dualista²¹².

Assim, por alguns séculos, dois sistemas jurídicos existiram lado a lado na Inglaterra, as Cortes de Justiça e o *common law*, de um lado, e a Corte de Equidade (ou Jurisdição do Chanceler) e a Equidade, de outro lado. Geralmente a *equity* acabava por funcionar de modo supletivo ao *common law*, quando não havia um remédio adequado ou mesmo de modo a aprimorar aquele sistema, quando este não atendia aos anseios sociais. Desse modo, não contrariava explicitamente as soluções do *common law*, mas estabelecia outras soluções consideradas mais justas às partes²¹³.

Em virtude da influência recebida da *civil law* para a construção da *equity*, é possível concluir que a influência do direito romano não é o elemento determinante na diferenciação entre as duas tradições jurídicas, uma vez que esteve presente em ambas. No entanto, Lenio Streck e Georges Abboud indicam como diferencial o nível de importância que cada tradição atribui ao direito romano: enquanto no continente o *Corpus Juris Civilis* chegou a ser adotado de forma prioritária frente aos costumes locais, na *common law* tal influência de deu com menor intensidade, admitindo-se de forma subsidiária e apenas na ausência de outro meio capaz de colmatar lacunas com o direito consuetudinário²¹⁴.

Após a Revolução Gloriosa, de 1689, é adotado na Inglaterra o princípio da Supremacia do Parlamento, impondo limites à interferência do rei no Parlamento. O Poder Legislativo, agora constituído por eleições livres, podia elaborar ou revogar qualquer lei, e ninguém podia deixar de aplicar, ou revogar lei instituída pelo Parlamento, o que significa dizer, o princípio implica também a submissão do rei ao direito²¹⁵.

Em todo caso, a historicidade por detrás da formação jurídica da tradição *common law* constituía um corpo normativo, ainda que não escrito, que continuava estabelecendo limites ao Legislativo. Os fundamentos do direito não precisavam estar necessariamente formulados em palavra publicada, mas estavam implícitos nos casos

²¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

²¹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1459-1460.

²¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 22-23.

²¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1464-1465.

já decididos (direito prático já existente) e no direito natural; nos dois casos, precisava ser respeitado pelo Parlamento²¹⁶.

Perceba-se que o *common law* refletia a convicção compartilhada de que era a maior expressão da razão natural desenvolvida e descrita pelo desejo coletivo de várias gerações, e que era visto como um direito fundamental acima dos atos do Parlamento²¹⁷.

O quarto período da história do direito da Inglaterra refere-se a seu período moderno, resultado da confluência entre fatos empíricos advindos de costumes sociais, direito natural e razão jurídica. Nele, há alterações significativas no âmbito judiciário, bem como ampliação do uso da legislação²¹⁸.

Ocorre a fusão procedimental entre *common law* (em sentido estrito) e *equity*, através dos *Judicature Acts*, de 1873 e de 1875, e todas as jurisdições passaram a ter competência para aplicá-los, não sendo mais dirigidas a tribunais distintos²¹⁹.

Pelos mesmos atos, ocorreu a reestruturação da composição judiciária inglesa, com instituição da Corte Suprema, dotada de duas seções: (1) *Court of Appel*, substituta do tribunal de recursos, a antiga *Court of Exchequer Chamber* (após 1907, com a criação do tribunal de apelação criminal, ficou restrito aos casos cíveis); e (2) *High Court*, com subdivisões²²⁰ correspondentes à confluência de tribunais de *common law*, à corte de *equity*, e à confluência de tribunais de direito comercial e eclesiástico²²¹.

Muito diferente da experiência francesa de *civil law*, não existia na Inglaterra temor de que o judiciário interferisse nos demais poderes, uma vez que sequer existia uma separação rígida; ao contrário disso, o direito foi utilizado por muitas vezes como elemento de unificação e identidade da nação, por conseguinte, inexistia o medo de

²¹⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1463-1466.

²¹⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1464.

²¹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1463.

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

²²⁰ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 332.

²²¹ São subdivisões da *High Court* (i) *Queen's Bench Division* (confluência dos tribunais da *common law* - *Queen's Bench*, *Common Pleas* e *Exchequer Courts*), (ii) *Chancery Division* (em substituição à corte de equity - *Chancery Court*), (iii) Probate, Divorce and Admiralty Division (confluência da evolução dos tribunais de direito comercial e eclesiástico). [LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 332].

atribuir ao Poder Judiciário o papel de criação jurídica, tanto que a esse tipo de criação foi admitida como fonte primária do direito inglês, seguido das leis e dos costumes²²².

Em 1876, o *Appellate Jurisdiction Act* instituiu a *House of Lords* (câmara alta do reino) como tribunal supremo da Grã-Bretanha, e seus membros tornaram-se não hereditários²²³. Ocorria a cumulação de funções legislativas, executivas e jurisdicionais por parte dessa Casa. O *Lord Chancellor*, exercia, concomitantemente, a função de parlamentar, como presidente da Câmara; de Ministro da Justiça no governo; além de função judicial, no julgamento dos recursos interpostos perante a *House of Lords* e o *Privy Council*²²⁴.

Interessante notar que, na origem, o Parlamento possuía como função primária a consultoria jurídica do rei e, até o final do século XIX, assemelhava-se muito a uma Corte, sem grande distinção entre suas atribuições judiciais e legislativas²²⁵.

No final do século XVII e no século XVIII, o judiciário alcançou grande destaque, auferindo legitimidade e confiança para criação do direito em detrimento da legislação²²⁶, graças à influência do método experimental de Robert Boyle²²⁷.

Consoante esse método, o aspecto histórico é elevado à dimensão filosófica para o *common law* por pensadores como Edward Coke, John Selden e Matthew Hale. Passa-se então a vincular a concepção de princípios legais à repetição, verificação e validação dos membros da comunidade, legando importante papel à tradição do povo.

²²² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1466.

²²³ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 333.

²²⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015. pp. 19-20.

²²⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1465.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 31-32.

²²⁷ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405. p. 400.

A história é igualmente utilizada como elemento capaz de equilibrar a moralidade e a política, a justiça e a ordem²²⁸.

Em outras palavras, eventuais conflitos quanto aos propósitos morais e políticos da sociedade inglesa deveriam ser resolvidos no âmbito de sua história jurídica, o que à época fazia com que decisões posteriores regressassem às decisões judiciais pretéritas. A orientação da produção jurídica da *common law* se dava, então, pela experiência e prática judiciária, casuisticamente considerada²²⁹.

Como resultado, a composição jurídica inglesa conta tanto com direito legislado (*statute law*), proveniente do Parlamento, quanto de *common law* (em sentido estrito), compreendido pelas decisões das Cortes de Justiça do Reino²³⁰. As duas dimensões são observadas, no entanto, tradicionalmente, o *statute law* apresenta-se em caráter secundário, complementar, como uma fonte corretiva ou excepcional, respeitando a tradição, com atenção aos conceitos e às decisões já consolidadas pelo Judiciário. São as decisões as principais forma de manifestação e de desenvolvimento do direito²³¹.

Em suma, o direito inglês é formado predominantemente pela atividade judiciária, atribuindo-se aos magistrados o papel criador do direito (*judge-made-law*), e às suas decisões o caráter de fonte primária, reconhecendo-se a autoridade de seus precedentes e a existência dos princípios gerais criados por eles. Trata-se de um direito primordialmente prático, pragmático e casuístico, mas que tem seu fundamento na historicidade jurídica, na aceitabilidade através de gerações e na *ratio decidendi*

²²⁸ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405. pp. 400-401.

²²⁹ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405. pp. 400-401.

²³⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1460.

²³¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. pp. 31-32.

das decisões anteriormente proferidas pelos Tribunais Superiores. Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa²³²:

é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é de aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente²³³.

A despeito das características descritas sobre o *common law*, após a Segunda Guerra Mundial, a Inglaterra começou a se abrir juridicamente a outras nações europeias e precisou dialogar com matrizes de *civil law*, notadamente em razão da integração da União Europeia. As normativas desse agrupamento político-econômica revelam predomínio de tradição romano-germânica, e a incorporação de tratados, acordos e demais atos da União Europeia precisaram de ser integrados ao constitucionalismo inglês²³⁴.

Por influência do continente, adotaram-se legislações escritas, a exemplo do Código Processual (*Rules of Procedure* de 1999), sem, contudo, incorporar a perspectiva totalizante das codificações de *civil law*²³⁵. Integraram-se também convenções internacionais de direitos humanos à Constituição inglesa, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pela adoção do *Human Rights Act* em 1998.

Finalmente, em 2005, o *Reform Act* alterou significativamente a organização judiciária, com separação político-jurídica entre a Suprema Corte do Reino Unido (*United Kingdom Supreme Court*) e a *House of Lord*, suprimindo-se as funções jurisdicionais do *Lord Chancellor*²³⁶.

²³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1461-1463.

²³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1462.

²³⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015, p. 10-14.

²³⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp.183-213. p. 187.

²³⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015, p. 10-14.

A *common law* não se restringiu, porém, à Inglaterra, especialmente no período de expansão britânica, influenciou em outras regiões do mundo²³⁷. Os Estados Unidos da América são atualmente um grande exemplo dessa tradição, conquanto mantenha muitos aspectos distintos do modelo inglês, particularmente após a independência, passando, a seu turno, a exercer influência em outras nações, a exemplo do Brasil²³⁸.

A primeira distinção observada está na Constituição, que nos Estados Unidos é escrita e rígida²³⁹, representa a vontade soberana do povo (“*We the People of the United States*”), incorporou, posteriormente (a partir de 1791), por meio de emendas, direitos fundamentais²⁴⁰. E, desde o célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), reconheceu-se a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário (*judicial review*)²⁴¹.

A competência do *judicial review* não estava expressamente prevista no texto constitucional, mas decorreu da interpretação realizada pelo *judge* Marshall no caso concreto, e que foi acolhida por um cenário político estratégico e favorável²⁴², incorporando-se ao modelo norte americano de *common law*.

²³⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 18.

²³⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 34-36.

²³⁹ Constitution of the United States, Article V - The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as Part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate.

²⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1467-1468.

²⁴¹ “Constituições rígidas exigem procedimento e *quorum* qualificados para sua alteração, de modo que leis infraconstitucionais não podem ficar a salvo de um controle de constitucionalidade, porque do contrário alterariam impunemente a Constituição. Daí a competência de todos os órgãos jurisdicionais para o controle de constitucionalidade, já que a função primordial de interpretar as leis pertence ao Poder Judiciário. [...] o que explica a supremacia da Constituição em relação às leis e atos normativos é o seu *status* formal de lei criada e alterada por procedimento e *quorum* especiais”. [JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. pp. 221-222].

²⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1472-1473. Sobre o contexto

O fato de a Constituição dos Estados Unidos ser rígida e escrita, hierarquicamente superior e vinculante, não coloca esse país dentre as nações de *civil law*, pois seu sistema não incorpora a ideologia dessa tradição legal: o texto constitucional não visa à completude, não há a obrigatoriedade de que os juízes encontrem na legislação um suporte legal específico para a decisão, nem se pretende rejeitar o direito anterior²⁴³.

Trata-se, ao contrário, de um direito construído com base na historicidade, considerando a complexidade social e cultural que lhe deu origem, no que se incluem as influências da *common law* inglesa, a qual admite criação por meio da interpretação judicial.

Não se trata, portanto, de um dito direito fechado e acabado, mas de um sistema jurídico com bases sólidas, com positivação constitucional de elementos caros àquela sociedade, mas que permanece aberto e em construção a partir dos casos concretos e com possibilidade de estabelecer novos parâmetros para o julgamento de casos futuros.

O *common law* pode ser considerado um sistema aberto, na medida em que é possível encontrar a solução jurídica mais adequada *a posteriori*, pois normas são elaboradas e reinterpretadas continuamente, baseadas principalmente na razão. Em contrapartida, o *civil law* pode ser considerado fechado, eis que presume que, para cada lide, pelo menos em tese, deve haver uma norma aplicável²⁴⁴.

Verifica-se com isso que a ordem jurídica estadunidense orbita ao redor da Constituição, sendo dela, e não do Parlamento, a supremacia jurídica nacional de onde se extraem parâmetro e limites para a construção do direito, bem como para controle de eventuais excessos e contenção do arbítrio dos poderes.

O princípio do devido processo legal (*due process of law*), já verificado na Inglaterra, goza, na sua dimensão substantiva, de extrema relevância no direito dos Estados Unidos, notadamente por ensejar a aplicação da razoabilidade da *judicial review* e, com isso, contribuir para a consolidação do sistema de freios e contrapesos (*checks*

político referido, conferir BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 25-30.

²⁴³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. p. 64.

²⁴⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1463.

and balances), que equilibra a relação dos três poderes no país, atribuindo com controle recíproco entre eles²⁴⁵:

O princípio de *checks and balances* (pesos e contrapesos) traz uma ideia de controles recíprocos entre os poderes. Para os federalistas, não seria possível admitir o princípio da separação rígida entre os poderes, mas que ao mesmo tempo se permitisse que eles fossem absolutos, sem qualquer controle. A interpretação dos federalistas acerca da teoria de Montesquieu foi justamente a de que se qualquer um dos poderes ficasse sem controle, poderia cometer abusos e arbitrariedades²⁴⁶.

A competência do *judicial review* não estava expressamente prevista no texto constitucional, mas decorreu da interpretação realizada por Marshall no caso concreto, e que foi acolhida por um cenário político estratégico e favorável²⁴⁷, incorporando-se ao modelo norte americano de *common law*.

Conquanto a referência recorrente ao Caso *Marbury v. Madison*, este somente veio a ser considerado paradigmático trinta anos após seu julgamento, tendo em vista que, na tradição de *common law*, as decisões não “nascem precedentes”, assumindo esse *status* quando, por suas qualidades, a decisão pretérita é invocada pelas partes em processo posterior como ponto de partida para a argumentação jurídica, e em seguida acolhida pelos tribunais com potencial para aplicação em casos futuros, o que, como defende Georges Abboud²⁴⁸, confere maior caráter democrático aos precedentes:

Em termos simples, o precedente genuíno no *common law* nunca nasce desde sempre precedente.

Se ele tiver coerência, integridade e racionalidade suficiente para torná-lo ponto de partida para discussão de teses jurídicas propostas pelas partes, e ao mesmo tempo, ele se tornar padrão decisório para os tribunais e demais instâncias do judiciário é que poderá com o tempo vir a se tornar precedente²⁴⁹.

²⁴⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 38.

²⁴⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1470-1471.

²⁴⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. pp. 1472-1473.

²⁴⁸ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405.

²⁴⁹ ABOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405. p. 404.

A fim de garantir a estabilidade e coerência das decisões judiciais, adotou-se o *stare decisis*²⁵⁰, o que significa dizer que as decisões judiciais vinculam o próprio tribunal que as proferiu (vinculação horizontal), bem como os órgãos hierarquicamente inferiores (vinculação vertical).

A despeito das diferenças verificadas entre a *common law* inglesa e estadunidense, algumas semelhanças permitem agrupá-las em uma mesma tradição e as distinguir da tradição *civil law*. Dentre estas, destaca-se a ausência de ruptura institucional brusca (revolução), tendo o direito como fruto da historicidade, mas que não se esgota e nem depende de um texto legal escrito para construção normativa; permanece em constante desenvolvimento, sendo construído a partir de casos concretos.

O Judiciário deve respeitar a constituição e as leis existentes no país, mas não há a obrigatoriedade de encontrar um fundamento legal específico para fundamentar sua decisão, uma vez que o conteúdo do direito está assentado nas bases sócio-histórica, ainda que não expressamente positivadas.

A constituição, os precedentes, a legislação os costumes são fontes do direito. As decisões judiciais integram as fontes do direito e perpetuar um “romance em cadeia”²⁵¹ na construção jurídica.

2.3 Possível Convergência entre Civil e Common Law

Em uma concepção restritiva da cultura de *civil law*, a imagem do julgador está atrelada a um “poder nulo” e não criativo, pois ele é um mero porta-voz do que já teria sido julgado previamente pela lei, é, pois, o legislativo aquele que verdadeiramente diz o direito. Por conseguinte, a força constritiva do direito advém da lei, e não da decisão judicial. O julgamento seria o reflexo da soberania do código, um ato retórico no qual torna-se desnecessária a exposição argumentativa, pois ela já seria encontrada no texto legal²⁵².

A construção cultural do *common law* é pautado na criatividade racional. Na ausência de tamanha vinculação a um texto legislativo, o magistrado precisa, a cada decisão

²⁵⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1474.

²⁵¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

²⁵² GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 136-138.

tomada, explicar as razões que o levaram a adotar determinada posição. Ademais, ele o faz entrelaçando o seu raciocínio jurídico a uma corrente cronológica de decisões e passa, igualmente, a formar um novo elo da mesma corrente²⁵³.

Na tradição de *common law*, cabe ao juiz, entre outras, a tarefa de reunir em um mesmo relato as diferentes soluções individuais ligadas entre si pelo precedente. À função estritamente processual do juiz vem se acrescentar uma missão narrativa mais geral – um romance escrito a várias mãos – cuja trama aparece no decurso da leitura das sentenças²⁵⁴.

A diferença é apontada na comparação estabelecida entre as decisões da Corte de Cassação francesa (*civil law*) com as da Câmara de Lordes e da Suprema Corte Inglesa²⁵⁵. Na França as sentenças são mais sucintas e sua argumentação é mantida "semisecreta", limitando-se à resposta da questão de direito versada, demonstrando uma estrutura voltada à soberania da lei e que segue o mesmo "estilo conciso e firme das leis"²⁵⁶.

Em sentido diametralmente oposto ao que se idealizava com o *civil law*, os autores apontam que os juízes franceses possuem maior liberdade que os ingleses. Esse aparente paradoxo é explicado pelo controle exercido à atividade jurisdicional

A experiência europeia evidencia na prática, como mostram Garapon e Papadopoulos, é que a vinculação como "boca da lei" se tornou um "refúgio para o juiz francês, que se tornou um redutor de complexidade nesse emaranhado de regras"²⁵⁷, seguindo à contramão dos ideais de direitos contemporâneos.

Enquanto construção linguística e social, o direito é produto das complexas relações desenvolvidas em uma sociedade e apresenta ligação intrínseca com a cultura de seu povo.

²⁵³ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 136-138.

²⁵⁴ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 138.

²⁵⁵ Nesse sentido, conferir GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Em sentido semelhante, em comparação geral entre as Cortes de Cassação de *civil law* e às Cortes de *common law*, conferir TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007.

²⁵⁶ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137.

²⁵⁷ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 139.

Concomitante e posteriormente ao processo de consolidação das tradições jurídicas ocidentais, a Europa empregou uma corrida colonialista, levando consigo bagagem cultural que inclui sua perspectiva jurídica.

Insta lembrar que já existiam outros povos nas terras colonizadas, cujas vivências e movimentos históricos distinguiam-se daqueles enunciados nesse trabalho, apagados, todavia, no processo de “aculturação”.

Não se pode dizer que a construção jurídica das colônias tenha ocorrido de forma fluida e natural. Ao contrário, muitas (se não todas) trazem em sua história marcas de uma imposição imperialista e de sucessivas revoluções. Por conseguinte, a recepção das tradições jurídicas antes destacadas em outras localidades não ocorreu uniformemente e nem sequer é possível afirmar uma exata reprodução das disposições europeias.

Mais recentemente, com a globalização e a mudança de referência econômica a nível mundial, foram instituídas novas interferências culturais e jurídicas nos países em distintos graus de desenvolvimento, dando origem a diversas reformas políticas e jurídicas. Tal contexto revela que hoje já não é realizável uma tradição “pura”, tal como concebida em sua formação.

Relevante destacar que René David menciona a existência de vários momentos de diálogo e recíprocas influências entre as tradições de *civil law* e de *common law* desde seu primeiro delinear, e indica que, afinal, as sociedades europeias que as deram origem são em muitos aspectos semelhantes²⁵⁸. Tal equivalência não há, no entanto, quando tais modelos são levados para além do continente de origem.

Falar em tradição jurídica de *civil law* e de *common law*, tendo como parâmetro os exemplos jurídicos europeus e estadunidense, remonta, mais uma vez, à ideia uma de suposta supremacia do norte imperialista, que direciona o conhecimento e que ainda hoje subordina e estrutura a formação das comunidades tão diversas do sul.

Muitas mudanças ocorreram e ainda estão ocorrendo em diversos países, mesmo os concebidos como *common law* e como *civil law*. Tal situação não significa

²⁵⁸ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo: Direito Comparado**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 330.

necessariamente algo negativo, podendo refletir a conformação de cada comunidade jurídica com a sua realidade²⁵⁹.

A história recente da humanidade passou por significativos impactos, especialmente os causados pelas grandes guerras mundiais e pela globalização. Surge a necessidade de reformas jurídicas locais, mas também de regramento internacional que propiciasse a convivência entre as nações.

Esse movimento é apontado por Hermes Zaneti Júnior como uma característica positiva da hipermodernidade, que joga “por terra as resistências nacionais e filosóficas (os conceitualismos); os conceitos fortes de nação, de ordenamento jurídico interno e de direito positivo (os quais) perdem a consistência rígida, e assumem uma ontologia fraca, pós-metafísica”²⁶⁰.

Na segunda metade do século XX, a incorporação de tratados internacionais de direitos fundamentais e um movimento constitucional escrito provocaram ainda maior aproximação entre *civil* e *common law*, notadamente pela presença de constituições escritas com base nas quais há controle de constitucionalidade (*judicial review*), tendo os direitos humanos ou fundamentais como parâmetro material de seu controle²⁶¹.

Essas transformações podem até provocar a fragmentação dos limites originais de cada tradição, por outro lado, como aponta Michele Taruffo²⁶², abrem possibilidade para “múltiplos fenômenos de ‘recomposição’ do direito processual, na base de interferências entre sistemas diversos, circulações de modelos e transplantes de institutos da mais vária natureza” e, assim, poderão no futuro construir novas tradições jurídicas a serem consideradas.

Não se nega que a recepção jurídica de direito estrangeiro seja um fenômeno importante para construção jurídica. Essa adoção muitas vezes acontece para atender a demandas já existentes em determinada sociedade, espelhando em outros países. Esse processo de recepção tanto pode aproximar culturas diversas e ter um cunho

²⁵⁹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, abr.-jun., 2003.

²⁶⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 106.

²⁶¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018. p. 1482.

²⁶² TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, abr.-jun., 2003.

unificador, como pode dar origem a outros contornos jurídicos aos institutos recepcionados, a depender de como o Estado receptor os incorpora²⁶³.

Essas variações e interferências entre tradições podem acontecer em nível global de procedimento, porém são mais frequentes, e igualmente importantes, quando acontecem por incorporação de institutos processuais específicos²⁶⁴.

Ocorre que, nesse processo, o órgão legiferante nem sempre se atenta para a origem cultural da qual está “tomando por empréstimo”, ao avesso, fá-lo quando entende útil a seu ordenamento jurídico²⁶⁵, visando a um intento específico, mas por vezes sem verificar a real compatibilidade.

Pela análise até aqui desenvolvida, as diferenças entre *civil law* e *common law* foram determinadas mais pelas circunstâncias históricas e formais que lhes derem origem do que por suas adequações aos intentos a serem alcançados. O processo de formação de cada uma propiciou o desenvolvimento de metodologias diversas, porém ambas buscaram, como objetivos comuns, estabilidade e afastamento do arbítrio²⁶⁶.

Esses movimentos ocorridos em ambas as tradições reduziram a tensão original entre elas, afastando a ideia de incompatibilidade e enfatizou a convergência entre elas:

A diferença consiste, portanto, mais no estilo do que na finalidade das normas-estatuto e das normas-jurisprudência, bem como na sua metodologia de aplicação e superação, do que propriamente na negativa das fontes jurisprudenciais do direito, ou seja, não se pode negar que a lei e a jurisprudência são fontes diferentes, com diversa metódica de aplicação para solução de casos (questões ou problemas) jurídicos, contudo ambas são atualmente fontes do direito na maior parte dos ordenamentos jurídicos civilizados por expressa disposição da lei ou por força do costume²⁶⁷.

A despeito de diferenças remanescentes, Neil Maccormick²⁶⁸ destaca que não seriam substanciais. Para o autor, mais importantes que o estilo característico de cada tradição, “são os elementos fundamentais do raciocínio jurídico” que a ele parecem

²⁶³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 45-47.

²⁶⁴ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, Abr.-jun., 2003.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, Abr.-jun., 2003.

²⁶⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 107-108.

²⁶⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 109.

²⁶⁸ MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: MACCORMICK, Neil; PERELMAN, Chaim (Eds). Bruxelas: Bruylant, 1978. p. 171. Tradução livre.

“comuns às operações jurídicas, pelo menos em todas as ordens jurídicas relativamente desenvolvidas”.

Observa-se a busca de construção normativa baseada na razão e nos princípios, sejam eles decorrentes da experiência de julgados anteriores, sejam por incorporação legislativa de conteúdo historicamente alcançado²⁶⁹: “se no *civil law* tentou-se resolver o problema da certeza do direito pela via da codificação, no *common law* o problema foi enfrentado pela doutrina do *stare decisis*”²⁷⁰.

Na análise de Teresa Arruda Alvim²⁷¹, pode-se fazer um paralelo entre a função exercida pelo precedente e pela lei, uma vez ambos “desempenham o papel de principal pauta de conduta dos cidadãos” e sobre eles deve ser empregado o processo interpretativo coerente com o sistema jurídico em que se insere:

Assim como o juiz do *civil law* decide com base na lei, decide o juiz do *common law* com base em precedentes. As regras, tanto as constantes da lei, quanto as que constam de precedentes, precisam ser identificadas, compreendidas. [...] juizes ingleses interpretarem a *ratio decidendi* se assimila consideravelmente à interpretação da lei²⁷²

Reforça-se que tal ponto só é alcançado quando se compreende que qualquer construção normativa passará inevitavelmente pela interpretação, mesmo nas tradições de *civil law*, pois o texto legal não é capaz de alcançar todas as peculiaridades do caso concreto, o que precisará ser averiguado em cada julgamento em particular.

O distanciamento da atividade judiciária e o papel criativo do direito trata-se de uma “ficção teórica”²⁷³ não evidenciada na prática. Além disso, sustentar uma posição quase divina à lei, que tudo “sabe” e contém, parece se aproximar de uma posição metafísica quase incontestável da qual sequer faz-se necessária grande justificação. Nesse cenário, verifica-se que, além de não resolver o problema pretendido, já que a

²⁶⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 108.

²⁷⁰ ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021. p. 681.

²⁷¹ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010.

²⁷² ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 37.

²⁷³ GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137.

atividade interpretativa continua existindo, por ser mais velada, cria-se, ainda, mais um problema capaz de legitimar solipsismos.

De se acrescentar, ainda, que o imaginário de um juiz boca da lei desconsidera a complexidade da vida em sociedade, que é também dinâmica e seus contornos inalcançáveis por uma legislação escrita.

Destarte, já não se sustenta nem a perspectiva de um direito vinculado estritamente “ao princípio da mera legalidade e da sujeição do juiz somente à lei” e nem a uma jurisprudência “destacada de referências positivas e artificiais do direito”²⁷⁴.

Insta ainda destacar que, a despeito da aparente aproximação que vem acontecendo, os mecanismos adotados em uma e em outra tradição para efetivar seus intentos, e a forma como são empregados pode revelar, segundo Merryman, uma posição política e ideológica²⁷⁵, uma vez que concebidos em níveis diversos de flexibilidade criativa e vinculação em relação às fontes do direito.

Sem olvidar as peculiaridades históricas e culturais de cada povo, acredita-se ser possível o agrupamento, para fins de simplificação didática, em tradições jurídicas sempre que identificada a utilização de metodologias jurídicas como meios de implementação político-ideológico de cada tradição.

Parece-nos que mais do que mera técnica e elementos formais empreendidos, que podem ser abstraídos de outros sistemas, o caráter diferencial reside nas razões pelas quais são utilizados.

Nessa perspectiva, essa seria, igualmente, a razão de institutos extraídos do sistema de um determinado país apresentarem características e preocupações distintas em outro. Isso porque, ainda que ocorra a utilização de métodos de outra tradição, eles não serão implementados por um único elemento, mas sim utilizado de forma peculiar para servir às realidades do sistema de jurídico que o adotou.

Não se entende razoável a limitação de recepção de mecanismos jurídicos em virtude apenas da conformação de sistemas jurídicos dentro de uma tradição jurídica, uma

²⁷⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 107-108.

²⁷⁵ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 54-65.

vez que restou demonstrado que até mesmo os países que deram origem às tradições permanecem em mudanças e adaptações até momentos muito recentes.

Por outro lado, acredita-se que a recepção deve ocorrer com os respectivos estudos de prognose e adaptação ao sistema jurídico do país receptor, sob pena de tornar o direito artificial e incompatível com a cultura local, o que poderia levar em direção oposta aos intentos de proporcionar garantias e direitos.

2.4 Tradições Jurídicas e o Direito Brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro, tal como os de outras regiões, é fruto do influxo cultural, filosófico, político e ideológico aqui desenvolvido até então. Sua história é traçada por uma “estrada acidentada e criativa, de idas e vindas, progressos e retrocessos”²⁷⁶.

Geograficamente distante da Europa, a colonização portuguesa trouxe para o Brasil o primeiro contato com o modelo jurídico daquele continente, notadamente quando a Coroa se instalou na então colônia sul-americana, no território brasileiro tal com o era na metrópole²⁷⁷, episódio que trouxe consigo uma carga cultural e jurídica dos movimentos europeus.

Portugal sofreu influência do direito romano-canônico, o que é observado nas Ordenações do Reino, diferente de outros estados-nações. Ao soberano português era ausência de grandes questionamentos. De se destacar, porém, que o ao contrário da maioria dos Estados-Nação que se formavam no velho continente, Portugal apresentava um direito mais aberto.

Já se viu que, ao declarar sua independência da Inglaterra, os Estados Unidos mobilizaram uma construção jurídica igualmente independente, com uma Constituição escrita e rígida que atribuiu ao Poder Judiciário o papel garantidor de direitos consagrados pela nova Nação, com repercussões grande parte da América Latina²⁷⁸.

²⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 40-42.

²⁷⁷ LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 252.

²⁷⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 34-36.

Destarte, a construção jurídica brasileira sofre, então, duplo impacto: inspiração político-constitucional republicana da tradição de *common law* norte-americana, com incorporação de princípios como o da inafastabilidade da jurisdição, o controle de constitucionalidade e a adoção de uma constituição rígida; além de cláusulas gerais e conceitos indeterminados; enquanto incorpora elementos de *civil law* no direito infraconstitucional administrativo, no direito privado e direito penal *lato sensu*²⁷⁹. Tal confluência é referida por Cândido Rangel Dinamarco como um “paradoxo metodológico” do direito brasileiro²⁸⁰.

A história brasileira pós independência demonstra que o Brasil sempre se mostrou permeável às influências da *common law*, em especial o modelo forjado nos Estados Unidos. Desde a República, é adotado o modelo de jurisdição una, com apenas um modelo de processo, que se presta a solução de litígios decorrentes de relação entre particulares, ou entre particulares e o Estado, em semelhança ao modelo de *common law*, e diversa da divisão em jurisdição entre pública e privada adotada na Europa continental de *civil law*²⁸¹.

O controle difuso de constitucionalidade, que possibilita que o judiciário como um todo refute normas que entenda inconstitucionais, se faz presente a partir da primeira Constituição Republicana de 1891, por influência do *judicial review* norte americano, admitindo-se a possibilidade de controle judicial das leis e dos atos administrativos.

Em cenário atual, como já apresentado em capítulo anterior, a Constituição de 1988 constitui documento escrito, de caráter rígido e de conteúdo vinculante. Insere-se no

²⁷⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 40-45.

²⁸⁰ “Vista pelo aspecto global, a cultura processual brasileira apresenta um grande paradoxo metodológico decorrente da aceitação de conceitos e propostas técnico-processuais hauridas na obra de Mestres europeus, especialmente alemães e italianos, ao mesmo tempo em que nossa fórmula político-constitucional de separação dos Poderes do Estado tem muito mais do modelo norte-americano. Aqui, como nos países da *common law*, o controle dos atos da Administração é feito por juízes do Poder Judiciário, inexistente o contencioso administrativo que nos principais países europeus existe”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 176.

²⁸¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 40-43.

movimento internacional de incorporação de direitos supraindividuais, inaugura o Estado Democrático de Direito, e apresenta-se social, dirigente e compromissória²⁸²

Da rigidez constitucional, decorre sua posição hierarquicamente superior no direito brasileiro, devendo ser adotada como fundamento de validade formal e material para toda construção jurídica e como parâmetro para controle e limitação do poder estatal em seus mais variados âmbitos.

A partir da Constituição atual, Hermes Zaneti Junior²⁸³ afirma ter ocorrido o fenômeno da principialização do direito, com radical transformação do espírito do discurso jurídico e judicial brasileiro que agora se mostra mais democrático e admite forte dose de indeterminação através de princípios e normas de tecitura aberta que abrem espaço para a determinação judicial.

Essa mudança paradigmática traz consigo uma ideia de recodificação, assim, embora a legislação brasileira ainda seja marcada pela presença de códigos, estes já não são postos com a pretensão de completude, mas se deixam permear pelas disposições constitucionais.

Entende-se que o debate em tela não se restringe apenas ao processo civil, mas deve ser compreendida à teoria do processo como um todo e, quiçá, à teoria do direito, pois o fundamento para tal abertura não está em uma lei infraconstitucional, advém de uma virada política e discursiva do direito promovida pela redemocratização da qual a Constituição da República de 1988 é símbolo e colocada como fundamento de validade para toda a ordem jurídica nacional.

Nesse passo, ainda que o texto do Código de Processo Penal seja anterior, pela teoria de recepção constitucional²⁸⁴, a constituição vigente impõe alteração a toda a ordem jurídica e, por conseguinte, faz-se necessária a conformação de conteúdo e de interpretação, o que significa dizer, apenas será possível interpretação do CPP à luz dos princípios e garantias constitucionais.

²⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 22.

²⁸³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2021. pp. 94-95.

²⁸⁴ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 172.

Em momentos mais recentes, observou-se tendência de maior fortalecimento das decisões judiciais e de sua vinculação para além das partes do processo. Pela Emenda Constitucional nº 45/2004, passou-se a admitir a aprovação de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, o que significa dizer que algumas decisões da corte de vértice brasileira passam a vincular a atuação do Poder Judiciário e do Executivo.

Os requisitos e objetos das súmulas vinculantes em certa medida se assemelham aos intentos da *common law*, uma vez que aposta na atividade jurisdicional como mecanismo de conceder segurança e coerência interpretativa a determinada, mas é limitada à questão constitucional no caso brasileiro e depende da precedência de decisões reiteradas em mesmo sentido²⁸⁵.

Finalmente, em 2015, a promulgação de um novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105) retoma a força dos precedentes ao orientar os tribunais a uniformizarem suas decisões a fim de manter a estabilidade, integridade e coerência (art. 926); elencar diversas decisões que devem ser observadas por juízes e tribunais (art. 927); e utilizar o verbete “precedente” em contexto decisório, direcionando a fundamentação (art. 489).

Acrescente-se que pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, também o Código de Processo Penal foi alterado em seu art. 315, com inclusão do §2º, que igualmente traz o termo “precedente”.

Tais pontos demonstram peculiaridades do direito brasileiro e evidenciam que os precedentes não representam momento pontual em nossa história, mas sim a convergência de vários elementos que vem sendo concatenados.

Verifica-se, assim, a permeabilidade do sistema jurídico brasileiro que conta com a presença de influências de *civil law* e de *common law*, o que pode demonstrar uma tendência de aproximação entre as duas tradições, uma “parcial descaracterização”

²⁸⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010. p. 39.

do *civil law*²⁸⁶ e, até mesmo o enquadramento como um modelo híbrido²⁸⁷ ou *sui generis*²⁸⁸.

Eventual compreensão de descaracterização faz supor a existência de características ideais ou “puras” nas quais se espelha. No entanto, como já demonstrado, é no mínimo falaciosa a ideia de que existe um “modelo puro”, ao passo que nem mesmo as tradições “originais” permanecem como concebidas séculos atrás.

Além disso, determinados vocábulos podem carregar uma ideação colonialista ou imperialista, dando a ideia de que o colonizado é mero figurante da própria construção histórica, uma cópia imperfeita dos protagonistas, estes sim, supostamente capazes de ditar um padrão, de produzir o conhecimento.

Por outro lado, admitindo-se a premissa de sistema como um conjunto que possui um princípio unificador²⁸⁹, acredita-se não ser possível admitir a coexistência de duas tradições simultaneamente em um mesmo ordenamento jurídico, pois a despeito das mudanças, o elemento nuclear de cada uma delas é distinta. Do contrário, se inexistisse um elemento unificador de cada tradição, não existiria motivos para identificá-las em como duas tradições diferentes.

Em específico quanto aos precedentes judiciais, como aponta Danyelle Galvão²⁹⁰, sua adoção no Brasil “não afastou a primazia da lei escrita como fonte do Direito, tampouco diminuiu a necessidade da sua observância em virtude da maior

²⁸⁶ NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: Uma busca pela igualdade e segurança jurídica. In. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016, Brasília. **Processo Penal e Constituição**. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/76h113vv/nDRzK6tcl5s2qhtZ.pdf>>. Acesso em 18 set. 2018. p. 46

²⁸⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

²⁸⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.183-213. p. 188.

²⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. pp. 294-295.

²⁹⁰ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 67.

importância das decisões judiciais”, ao passo que essas influências entre as tradições “não significa o abandono dos fundamentos específicos de cada ordenamento”.

Não se ignora, porém, a possibilidade de, no futuro, as dissidências e alterações promovidas nas estruturas tradicionais resultarem no reconhecimento de outra tradição, como já referido por Michele Taruffo²⁹¹, no entanto, seria necessário destacar um terceiro elemento, distinto dos que caracterizam a *civil law* e a *common law*, para constituição da unidade da nova tradição legal.

Taruffo aponta como mais comum, no entanto, o “empréstimo” de apenas alguns institutos de outra tradição²⁹². É, pois, o que aparentemente melhor descreve o modelo brasileiro de precedentes. Nesse sentido, entende-se mais adequado reconhecer o sistema jurídico brasileiro como pertencente ao *civil law*, porém com incorporação de elementos próprios do *common law*.

Dentre os fatores que levam à essa conclusão, destaca-se que o Brasil possui um histórico democrático pouco sólido, várias rupturas²⁹³, sendo a mais recente observada com a Constituição atual, de 1988, proveniente de uma retomada democrática, após anos de ditadura militar.

A ordem atual rompe com a anterior e utiliza-se do texto escrito da Constituição para firmar um novo paradigma e se sobrepõe ao modelo autoritário anterior. Não obstante, ainda são vistos flertes autoritários nos dias de hoje, demonstrando pouca estabilidade e amadurecimento político e democrático²⁹⁴.

Não se verifica, assim, a presença de uma cultura jurídica forte a que se possa sustentar uma tradição de *common law*, mas, ao contrário, a instituição e manutenção

²⁹¹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, Abr.-jun., 2003.

²⁹² TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, Abr.-jun., 2003.

²⁹³ Uma das marcas dessas rupturas são as várias Constituições brasileiras, datadas de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

²⁹⁴ A retomada democrática brasileira tem pouco mais de 30 anos, no entanto, no curso de sua história recente ocorreram episódios questionáveis do ponto democrático, como o impeachment da Presidenta eleita, Dilma Rousseff, em 2016, e as ameaças autoritárias proferidas pelo presidente da Jair Bolsonaro, que, a despeito de ter sido eleito democraticamente, travou sua campanha com reverência à ditadura militar brasileira (1964-1985), questiona a lisura das eleições, trava embates institucionais com os demais poderes, conclama seus partidários a se armarem, mantém-se em constante campanha política, ameaça diuturnamente a estabilidade política nacional e conclamando a população a manifestações contra os demais poderes.

da ordem atual se baseia em legislação escrita na qual são depositados e concretizadas lutas cujas feridas ainda estão abertas.

Outro fator refere-se à previsão legal dos precedentes. Para Hermes Zaneti Júnior²⁹⁵ o fato de a previsão e a vinculação dos precedentes decorrer de uma positivação legal corroboraria ao reconhecimento do direito brasileiro como híbrido, pois “atende ao critério formal de fonte do direito, estabelecido por lei”, próprio do *civil law*, mas em “consideração que a função precípua dos juízes e tribunais é interpretar o direito e que esta atividade será exercida de forma tendencialmente cognitiva, reconstruindo o direito a partir do ordenamento jurídico dado”²⁹⁶, marcando a presença dos precedentes em aproximação ao *common law*.

Por outro lado, àqueles que entendem pelo purismo das tradições, a forma de incorporação dos precedentes ao direito brasileiro (por disposição legal) reforça o pertencimento à matriz de *civil law*, uma vez que o direito brasileiro se demonstra dependente de uma base normativa anterior que legitime a atuação jurisdicional e a vinculação de decisões. Ou seja, não seria possível a vinculação a precedentes na ausência da Emenda Constitucional 45, do Código de Processo Civil de 2015, ou da Lei Anticrime que alterou o Código de Processo Penal.

As referidas circunstâncias de ingresso no sistema e de vinculação aos precedentes parece conformar às características ideológicas de *civil law* indicadas por John Merryman²⁹⁷ para essa tradição jurídica.

Em todo caso, pelo desenvolvimento do direito brasileiro, não se pode falar em um purismo de tradição e nem o colocar, como destaca Zaneti Jr.²⁹⁸, “como a sombra da doutrina italiana e alemã, preso ao formalismo interpretativo”:

Para além da tradição romano-germânica, da qual os brasileiros são tributários em razão última do Código de Processo Civil de 1973 (entre outras tantas influências, como o próprio Código Civil de 1916 e a doutrina francesa de direito administrativo que conformou nossa legislação material), outras fontes interferiram em sua formação processual. São as contes

²⁹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

²⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 389-390.

²⁹⁷ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980. pp. 54-65.

²⁹⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2021. pp. 95-96.

constitucionais do *common law*, influência direta e originária da Constituição Republicana de 1891, e as “tradicionais”, decorrentes da nossa tradição luso-brasileira, a exemplo da notável aptidão brasileira para o uso das fontes doutrinárias na produção legislativa e aplicação do direito nos tribunais, o já denominado “bartolismo” (Ordenações)²⁹⁹.

E ainda que o país seja considerado um país de *civil law*, isso não exclui a atividade interpretativa do Poder Judiciário, assentindo com o posicionamento esposado por Hermes Zaneti Júnior³⁰⁰ de que tal atividade precípua da função do Judiciário, o que significa dizer, pela perspectiva da filosofia da linguagem, pós giro linguístico, a interpretação estará presente em qualquer tradição jurídica.

A atividade interpretativa está intimamente ligada à formação e aplicação dos precedentes, o que se faz possível dentro do paradigma filosófico no qual os julgadores atribuem sentidos dentro da historicidade do sistema jurídico, uma vez que para decidir o intérprete, imerso em um mundo linguístico, revolve o “chão linguístico em que está (sempre) assentada uma determinada tradição”³⁰¹.

Ainda que o Brasil não tenha atingido um amadurecimento democrático, por sua matriz de *civil law*, restaram positivados os direitos pelos quais se travaram as lutas democráticas e de resistência durante toda a sua história, rompendo-se com regimes político jurídicos predecessores. É esse, pois, o chão linguístico a ser revolido.

Não se pode admitir a concepção de uma “norma pronta” aplicável por simples subsunção. Não existe norma “por si só”, elas devem ser construídas frente aos casos que pretende solucionar, faz-se indispensável debruçar sobre o texto, seja ele advindo de um dispositivo legal ou de um precedente, para construção normativa aplicável ao caso concreto. Essa compreensão é determinante para que a adoção de um sistema de precedentes, especialmente em um país de *civil law*, não incorra em sério equívoco hermenêutico de adotar uma variante do “juiz boca fria da lei”, ou seja, o “juiz boca fria dos precedentes”³⁰².

²⁹⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. Revista dos Tribunais, 2021. pp. 95-96.

³⁰⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte, Letramento; Casa do Advogado, 2017.

³⁰² ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. pp. 1068-1069.

A partir da incorporação dos precedentes, a atividade interpretativa do Judiciário passa a apresentar dupla função social: decidir a controvérsia do caso; e enriquecer a oferta de norma jurídica, porém dentro dos limites legais e constitucionais.

Esta dupla função social implica dois discursos possíveis a partir da decisão judicial: a) discurso do caso (solução da controvérsia); b) discurso do precedente (reconstrução do ordenamento jurídico a partir da interpretação operativa que acresce conteúdo normativo)³⁰³.

A premissa é de que, a partir dessa reconstrução racional realizada pelos tribunais, exista uma vinculação normativo-institucional aos precedentes, vinculando o próprio órgão prolator às suas decisões (vinculação horizontal) e os tribunais inferiores (vinculação vertical), seja pela autoridade hierárquica da corte que o proferiu, seja por ausência de razões suficientes para superar o ônus argumentativo para afastá-los³⁰⁴.

O aperfeiçoamento da universalização proposta pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes pretende promover reforço das garantias processuais constitucionais, tais como igualdade, segurança jurídica, igualdade, bem como a coerência do ordenamento jurídico³⁰⁵, elementos indispensáveis em um Estado Democrático de Direito, e à “aceitabilidade racional dos conteúdos decisórios pelos seus destinatários-coautores”³⁰⁶.

Nesse sentido, Mariângela de Magalhaes³⁰⁷ sugere que, ao admitir a importância da “jurisprudência” na construção do direito em tradições de *civil law*, estaria mais próximo da efetivação do escopo do princípio da legalidade, inclusive pela “busca de mecanismos aptos a corrigir eventuais distorções ocorridas na prática”³⁰⁸.

³⁰³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 391.

³⁰⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 323.

³⁰⁵ NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: Uma busca pela igualdade e segurança jurídica. In. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016, Brasília. **Processo Penal e Constituição**. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/76h113vv/nDRzK6tcl5s2qhtZ.pdf>>. Acesso em 18 set. 2018. p. 39.

³⁰⁶ PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: Por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação dos precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. pp. 9-10.

³⁰⁷ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 107-109.

³⁰⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109.

As considerações elaboradas até aqui permitem concluir que o Brasil permanece mais alinhado à tradição de *civil law*, o que não impede a incorporação de precedentes. Há que se compreender, no entanto, que não se trata de uma perfeita reprodução do instituto da *common law*, pois aqui não estão presentes as mesmas circunstâncias históricas, culturais, hermenêuticas e políticas observadas nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Propõe-se, então, a incorporação crítica do sistema de precedentes, submetendo-os a determinados filtros para a sua adequação, particularmente democrático e constitucional, pois o fortalecimento dos precedentes somente se coaduna com a opção democrática e, reciprocamente, os precedentes servem ao reforço democrático.

Ao tratar da jurisdição como legitimadora de práticas autoritárias no interior de rotinas democráticas, Pedro Serrano observa que

a decisão judicial de real exceção não produz 'jurisprudência' para situações semelhantes juridicamente, mas diferentes politicamente, mudando-se os atores envolvidos ou o fim político, muda-se a decisão, retornando-se ao direito ou produzindo nova exceção.³⁰⁹

Essa observação é válida mormente para o processo penal, contexto no qual se insere a presente pesquisa, posto que, quando compreendido como mero instrumento "afirmativo da norma penal material" em "sociedades de baixa densidade democrática", esse processo penal

surge como um viés meramente retórico, de aparente subserviência à legalidade (e mesmo à constitucionalidade ou convencionalidade) e que, essencialmente, cumpre o papel de legitimação para um modelo político de desconformidade ao próprio Estado de Direito³¹⁰

Nesse contexto, o precedente torna-se mecanismo ou técnica que recrudesce a seletividade penal e acaba por degenerar os próprios fundamentos que outrora o autorizaram.

Considerando as diferenças históricas e práticas entre a realidade brasileira e a estadunidense, a adoção de precedentes aqui impõe a adequação a uma sociedade multicultural que carrega marcas de processos históricos de exclusão (de raça, de

³⁰⁹ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismos e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção.** São Paulo: Alameda, 2016. p. 35.

³¹⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal.** 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 42.

gênero e de condições econômicas) e resquícios de uma matriz autoritária e inquisitorial, notadamente quando direcionada ao direito processual penal.

Ainda, a par da busca de segurança e isonomia na resposta semelhante a casos análogos, faz-se igualmente imprescindível a existência de mecanismos capazes de conferir proteção e correção contra eventual aplicação inadequada dos precedentes³¹¹, dentro das premissas aviadas anteriormente.

É, pois, com os olhos voltados à opção democrática e ao sistema acusatório, aos limites constitucionais e aos direitos fundamentais e sob a perspectiva da cultura brasileira, que se verifica possível a adoção de precedentes vinculantes no Brasil em matéria penal.

³¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.183-213. p. 190.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A tradicional distinção entre *civil* e *common law* como tradições que fundam o direito na lei escrita ou em precedentes, respectivamente, tem perdido espaço à medida que os ordenamentos jurídicos passaram a adotar uma e outra forma simultâneas de criação de direito.

O advento do Estado Democrático de Direito conduziu à reconfiguração e à redução de tensão entre os três Poderes. Ao judiciário foi legada a expectativa de concretização de direito e garantias, ampliando-se mecanismos de acesso à justiça³¹².

Acrescenta-se que as relações intersubjetivas são muito mais dinâmicas do que o direito legislado é capaz de acompanhar, nesse contexto, na ausência de previsão legal capaz conformar as situações dos casos em análise, o Poder Judiciário é demandado a construir e reconstruir o direito na apreciação dos casos concretos.

No processo de maturação do direito positivo brasileiro, ocorreu a constitucionalização dos direitos e a conseqüente principalização da Constituição, além de serem adotadas técnicas legislativas de tecitura aberta, como as cláusulas gerais, que promoveram ampliação da atividade judiciária³¹³.

Esse movimento viabiliza, por um lado, a adaptação do direito à realidade concreta, de forma a garantir a realização dos objetivos constitucionais; por outro lado, eleva responsabilidade e poder o julgador que assume a função de densificação dos princípios e das cláusulas gerais, contexto em que a racionalidade das decisões judiciais é apresentada como forma de viabilizar sua “universalização para casos análogos a partir das mesmas razões de decidir”³¹⁴.

Nesse cenário, os precedentes assumiram importância em dimensões prática e teórica no âmbito dos países tradicionalmente referidos como de *civil law*. A dimensão prática pode ser percebida por serem incorporados no cotidiano jurídico, notadamente com facilidade de acesso aos bancos de dados eletrônicos de decisões dos tribunais;

³¹² STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 45.

³¹³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 113.

³¹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 113-315.

bem como por constituírem o “direito vivo” que colmata lacunas e interpreta cláusulas gerais³¹⁵.

Em dimensão teórica, sua expansão é enfatizada pela maneira como é estruturada a argumentação jurídica³¹⁶, uma vez que as questões jurídicas são atingidas a partir dos fatos em análise³¹⁷ e as decisões precedentes passam a orientar e dar suporte à interpretação de casos futuros, aos quais apenas será aplicado se correlatas as circunstâncias fáticas e jurídicas³¹⁸.

3.1 Teoria dos Precedentes Judiciais, Interpretação e Norma Jurídica

A atividade jurisdicional demanda precipuamente a interpretação de texto jurídicos, pois não há como aplicar dispositivo legal, geral e abstrato, sem interpretá-los. Como lembra Lenio Streck³¹⁹, os textos “dizem sempre a respeito de algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para o compreender (e, portanto, aplicar)”.

Esse processo interpretativo resulta na construção de uma norma jurídica. A norma é, portanto, o produto da interpretação de enunciados prescritivos do direito positivo, em um processo de atribuição de sentido ao “texto legal”³²⁰, sendo que “o sentido da lei só existe no seu contexto. O texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto”³²¹.

Embora distintos, texto e norma são interdependentes, na medida em que esta é sempre o sentido atribuído àquele. Dessa forma, o texto não subsiste sem a norma,

³¹⁵ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007. p. 86.

³¹⁶ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007. pp. 86-87.

³¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 85-86.

³¹⁸ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007. pp. 86-87.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 421.

³²⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016. p. 4.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito – Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9.

pois é ela que, através de um processo de “concretização”, como assim refere Friedrich Müller, lhe atribui sentido³²²:

“a norma jurídica não existe *ante causum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado ‘concretização’. A norma jurídica criada no caso está estruturada segundo um ‘programa da norma’ e ‘âmbito da norma’; ela é, portanto, um conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser e dever ser’ operacional e trabalhável. Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como ‘norma/caso’, ‘direito/realidade’ podem ser aposentados assim como a ilusão da ‘aplicação’ do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo ou enquanto a construção linguisticamente não realizável de um ‘limite do teor literal’ definível, coisificado na linguagem. Todos esses dualismos são representações centrais fracassadas do positivismo histórico”³²³.

É apenas quando há aplicação do direito ao caso concreto que haverá a construção da norma com seus respectivos significados, o que significa dizer que “a norma não é o pressuposto, mas o resultado do processo de sua interpretação e aplicação”³²⁴ e constitui uma atividade de criação do direito por parte do judiciário (*law-making processes*), embora de forma diversa daquela exercida pelo legislador³²⁵.

Considerando que esse processo interpretativo está inserido em um Estado Democrático de Direito, essa atribuição de sentido não deve ser discricionária, mas sim ter como pressuposto a tradição que a precede, o contexto e a comunidade de princípios que antecede o processo ora em curso, a fim de estabelecer um romance em cadeia³²⁶.

Haverá construção normativa e interpretação tanto na aplicação de texto legislativo, quanto na aplicação de entendimento fixado por tribunais superiores e essa construção normativa deve se situar abaixo das disposições constitucionais, dentre as quais do princípio da irretroatividade maléfica, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório.

³²² MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 11.

³²³ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 11.

³²⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008. p.39.

³²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 74.

³²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. pp. 271-274. JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. pp. 437-438.

A teoria dos precedentes está intimamente ligada à teoria da interpretação jurídica³²⁷, mas também à teoria geral do direito e teoria da norma, pois está atrelada à noção fundamental à atividade judiciária³²⁸.

A atividade que formou o precedente atribuiu sentido a dispositivo legal; posteriormente, em virtude de sua universalização, o próprio precedente será objeto de interpretação e análise de conformidade fática e jurídica em eventual aplicação a caso futuro, que, em virtude da observância ao *stare decisis*, passa a vincular a própria Corte que proferiu o julgamento (vinculação horizontal), como igualmente aos julgadores hierarquicamente a ela submetida (vinculação vertical).

Situar o precedente dentro das teorias da interpretação e norma jurídica permite enxergá-lo para além das fronteiras apenas do direito processual civil, elevando-o à teoria geral do direito, pois decorre da função essencial do Poder Judiciário, pertinente a qualquer provimento judicial a ser proferido, independente da matéria³²⁹.

3.2 Precedente Judicial: Breve Conceituação

Na delimitação do conceito de precedente, Michele Taruffo³³⁰ o refere, em sentido amplo, como a decisão que, por seu caráter universalizável, pode ser aplicada como “critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou – como acontece em regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”.

Há importante aspecto relacional entre o caso precedente e o atual para que seja possível a aplicação do precedente, o que implica na compreensão do precedente como a decisão como um todo (relatório, fundamentação jurídica e dispositivo)³³¹ a

³²⁷ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 31. ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 315.

³²⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³²⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 77.

³³⁰ TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007. p. 86.

³³¹ MACÊDO, Lucas Buri de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 78-79.

fim de promover a adequada correlação fática e jurídica, evitando-se a simplificação e aplicação acrítica.

Esclareça-se que a decisão sobre fatos determinados em concreto será sempre única, o que se pretende com o sistema de precedentes é garantir maior estabilidade e previsibilidade quanto à interpretação jurídica voltada a circunstâncias fáticas similares ao caso precedente³³².

Assim, o precedente não afasta a atividade interpretativa dos casos futuros, pois mesmo a aplicação daqueles considerados como obrigatórios, deve passar por cotejo analítico da hipótese fática, devendo-se posicionar ao lado do caso sob análise para que, apenas se constatada similitudes fáticas e jurídicas, ser aplicado. De outro lado, na ausência de tais semelhanças, deverá ser afastado o precedente por existência de distinção (*distinguishing*).

Em sua formação, como assevera Hermes Zaneti Júnior³³³ o precedente é resultado da “densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”, isso porque agrega uma tese à compreensão e solução jurídica de um tema, apenas podendo ser considerado como precedente a “decisão que resulta efeitos normativos para casos futuros”³³⁴.

Em uma definição mais reducionista, o precedente poderia ser considerado como a solução jurídica adotada no caso precedente (*ratio decidendi*), que passa a vincular o próprio tribunal que proferiu a decisão precedente (vinculação horizontal), bem como os hierarquicamente inferiores (vinculação de vertical), em decisões futuras³³⁵.

Colocando em paralelo, Lucas Buril de Macêdo³³⁶ resume precedentes em duas acepções: em sentido próprio (ou amplo) entendo como “fato jurídico instrumento de

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 85.

³³³ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: Do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. pp. 411-415.

³³⁴ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: Do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 414.

³³⁵ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: Do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 411.

³³⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 77.

criação normativa, em outras palavras: é fonte do Direito, tratando-se de uma designação relacional entre duas decisões”; e em sentido impróprio (ou restrito), como norma, ou seja, como “significado alcançado por redução do termo ‘norma precedente’, que é precisamente a *ratio decidendi*, esse sentido é também o substancial”.

O sistema de precedentes se coloca, ainda, em consonância o Estado Democrático de Direito, na medida que confere maior estabilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados, pois como pontua Danyelle Galvão³³⁷:

A previsão constitucional da igualdade tornar-se inócua se, em virtude de lei, as partes de um mesmo caso se fossem tratadas igualitariamente em relação à outra, mas se o Poder Judiciário pudesse tratá-las de maneira diferenciada em relação a outro caso idêntico anteriormente julgado. A uniformidade na aplicação do Direito é um valor fundamental para os ordenamentos jurídicos, sendo o caminho para a certeza sobre o conteúdo da lei e a melhor forma de fazer com que casos análogos tenham decisões iguais³³⁸.

Tais parâmetros constitui-se como garantia, pois tem, não apenas como objetivo, mas também como condição de possibilidade a universalização, com o que se espera avançar em prol da efetivação do princípio da igualdade³³⁹.

A adoção dos precedentes judiciais, ao lado das disposições positivadas, promove maior previsibilidade e igualdade, permitindo ao jurisdicionado conhecer previamente as consequências de suas ações, além de conduzir à igualdade ao promover soluções judiciais semelhante aos casos que tenha similaridade em suas circunstâncias fáticas e jurídicas. Nessa perspectiva, acredita-se que o precedente judicial seria “instrumento capaz de evitar injustiças pelo tratamento diferenciado em casos semelhantes”³⁴⁰.

³³⁷ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

³³⁸ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 62.

³³⁹ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: Do problema ao precedente**. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 315.

³⁴⁰ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 62.

3.3 Precedentes no Processo Penal: Filtro Constitucional e Processual Penal

Partindo-se do pressuposto de um sistema jurídico enquanto um “conjunto harmônico, ordenado e coerente, em que as diversas normas que o compõem se integram e se completam entre si”³⁴¹, é necessário promover diálogo entre os diversos ramos do direito, ainda que para verificar peculiaridade e afastar aplicação inadequada de procedimentos.

Como defende Alexandre Bahia³⁴², os precedentes judiciais foram disciplinados por um Código (CPC) que representa “sistema normativo inovador que não é compatível com leituras restritivas” e, acrescenta-se, igualmente não poder ser lido sob a ótica de paradigmas linguísticos e democráticos cujas conquistas históricas impõem superação.

Em plano infraconstitucional o Código de Processo Civil vigente mostrar-se como texto processual em maior e melhor conformidade com a Constituição, razão pela qual tem se admitido sua aplicação subsidiária, supletiva e residual aos demais processos.

No que tange ao Processo Penal, parte da doutrina sugere que:

[...] não pode ficar o processo penal imune às necessárias, contundentes e diversas alterações promovidas no processo civil, quer seja pela ausência de disposição/previsão daquele [...], quer seja pelo fato de o novel código conferir arejamento ao ordenamento pátrio, imerso no novel paradigma, descortinado com a Constituição de 1988 com atração de responsabilidade dos sujeitos do processo, em permanente contraditório e com vistas a realizar a justiça no caso concreto (TORRES; LIMA, 2016, pp. 470-471).

Partindo-se do pressuposto de um sistema jurídico enquanto um “conjunto harmônico, ordenado e coerente, em que as diversas normas que o compõem se integram e se completam entre si”³⁴³, é necessário promover diálogo entre os diversos ramos do direito, ainda que para verificar peculiaridade e afastar aplicação inadequada de procedimentos.

³⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

³⁴² BAHIA, Alexandre Melo Franco. Apresentação. In: PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: Por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação dos precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 2.

³⁴³ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

Ronaldo Cramer³⁴⁴, de forma categórica, defende que o art. 927 do Código de Processo Civil não é uma “norma heterotópica” aplicável a outros ramos de processo, vez que “é uma norma do processo civil, pensada para esse modelo de processo e que funciona conforme a estrutura do novo CPC” e afirma que, no Brasil, em razão de sua tradição jurídica de *civil law*, o precedente será vinculante apenas se a lei assim o admitir, o que significa dizer, especificadamente, ao que atualmente assim admite o Código de Processo Civil em seu art. 927³⁴⁵.

Ocorre que, sendo o art. 927, na visão do autor, voltado estritamente ao processo civil, “não se pode admitir que uma norma processual civil promova uma mudança importante no processo penal”³⁴⁶, embora reconheça inconveniente de uma mesma súmula, por exemplo, ter eficácias distintas, vinculando em âmbito processual civil, mas não nos demais âmbitos processuais.

Por essa razão entende-se relevante admitir o precedente dentro da teoria geral do direito, ligado às teorias da interpretação e da norma, não se limitaria ao direito processual civil, mas deveria, à medida da possibilidade, viabilizar sua extensão aos demais ramos do direito, ainda que sua disciplina tenha ocorrido em maior escala no contexto do processo civil.

Os precedentes produzem norma jurídica que não se restringe ao caso sob juízo, mas por serem universalizáveis, tem aptidão para aplicação em casos semelhantes.

Em âmbito penal, aqui admitido em sua abrangência material, processual e de execução³⁴⁷, possui implicações sensíveis, pois a norma construída impacta na esfera de poder punitivo estatal, podendo reduzir o espaço de liberdade da pessoa acusada³⁴⁸.

³⁴⁴ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.197.

³⁴⁵ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.117.

³⁴⁶ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais: Teoria e Dinâmica**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.197.

³⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 14.

³⁴⁸ Em oportunidade anterior, o entendimento foi defendido publicação que teve como objeto sucinta análise do *Habeas Corpus* n. 176.473/RR, de relatoria do ministro Alexandre de Moraes, submetido a Plenário do Supremo Tribunal Federal. No caso em questão, foi fixado entendimento quanto ao marco interruptivo da prescrição penal, adotando-se entendimento desfavorável ao acusado. SILVA, Thaila Fernandes; TORRES, João Guilherme Gualberto. Precedente desfavorável não retroage. **Consultor Jurídico**, 11 jun. 2022. Disponível em:

Em defesa da aplicação no processo penal, Hermes Zaneti Jr.³⁴⁹ adverte sobre a necessidade de verificação de duplo filtro de adequação à aplicabilidade de precedentes a outros ramos, dentre os quais o processo penal: (i) inexistência de conflito das disposições do Código de Processo Civil com a lógica e os princípios do processo que será completado; (ii) conformação constitucional do resultado obtido com a aplicação.

Quanto ao primeiro requisito, Gustavo Henrique Badaró reconhece a aplicação extensiva e aplicação analógica do processo civil ao processo penal em virtude o art. 3º do CPP, mas pontua que tal situação não poderá ser admitida para restrição da liberdade pessoal do acusado ou qualquer outro direito de defesa:

Como emanção das garantias constitucionais da presunção de inocência e da ampla defesa, as disposições de leis processuais penais que limitem ou restrinjam a liberdade do acusado ou o exercício do direito de defesa devem receber interpretação restritiva. Em outras palavras, em tal campo, estão proibidas a interpretação extensiva e a analogia, salvo *in bonam parte*, isto é, em favor do acusado ou para beneficiá-lo. Também não será cabível, por analogia, restringir direitos do acusado! Somente quanto às normas processuais que digam respeito a questões meramente procedimentais (por exemplo, local, forma e prazo dos atos processuais), poder-se-á aplicar o art. 3.º do CPP. E mesmo nesse caso, somente se aplicará a analogia desde que seu resultado não restrinja um direito de defesa³⁵⁰.

Nos Códigos de Processo Penal e Processo Civil, não há vedação nem autorização expressas no tocante à disciplina de precedentes deste aplicáveis àquele. Ademais, a nova redação do art. 315, §2º do CPP apenas menciona sobre a observância aos precedentes, porém sem discipliná-los.

A alteração no CPP não trouxe mecanismos para compreensão do âmbito de formação, aplicação e impugnação dos precedentes. Por outro lado, o CPC mostra-se insuficiente inclusive pelo rol do art. 927, ao ignorar importantes instrumentos como *habeas corpus*, amplamente manejado para garantias penais e para eventual formação de parâmetros decisórios³⁵¹.

<<https://www.conjur.com.br/2022-jun-11/opiniao-precedente-desfavoravel-nao-retroage>>. Acesso em 11 jun. 2022.

³⁴⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 416-417.

³⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

³⁵¹ Sobre o assunto conferir TORRES, João Guilherme Gualberto; SILVA, Thaila Fernandes da. A formação de precedentes em julgamento de habeas corpus. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JR., Hermes (org.). **Temas de Direito Processual**

A densificação da matéria penal pela via dos precedentes demanda, assim, maior responsabilidade do intérprete, a fim de que a implementação que já é realidade, seja aprimorada.

No que tange à matéria constitucional de direito, há que se reconhecer as peculiaridades que regem o direito penal, constituindo o processo penal uma garantia do acusado³⁵², além de princípios e garantias deste processo e as garantias processuais constitucionais limitadoras ao exercício do poder do legislador infraconstitucional e ao intérprete do direito³⁵³. Assim, essas garantias específicas devem ser observadas em eventual aplicação de precedentes ao processo penal.

Acredita-se que a partir de um adequado sistema de precedentes pode-se viabilizar “mais força à norma penal que, com maior clareza no seu sentido, cumprirá melhor seu papel de ordenador de condutas perante a sociedade; também será um fator de maior estabilidade e coerência para as decisões judiciais”³⁵⁴.

A adoção de um sistema formulado sob tais parâmetros constitui-se como garantia, pois tem, não apenas como objetivo, mas também como condição de possibilidade a universalização, com o que se espera avançar em prol da efetivação do princípio da igualdade³⁵⁵.

Necessário que a implementação do sistema de precedentes judiciais ocorra segundo os princípios regentes do direito brasileiro, vez que ao indivíduo pouco importa se a coerção sobre ele advém da lei ou do precedente, em todo caso deve ocorrer a interpretação capaz de adequar ao caso em concreto, com observância dos princípios e garantias que lhes são assegurados.

Contemporâneo: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual. v. 2. Serra: Editora Milfontes, 2019. Disponível em <http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/temas_de_direito_processual_contemporaneo.pdf>. Acesso 04 jul. 2020.

³⁵² LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal:** Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2020.

³⁵³ POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

³⁵⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal.** São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 20.

³⁵⁵ ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo:** Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. p. 315.

Muitos desses princípios pretendidos pela teoria dos precedentes já encontravam caro assento constitucional, e que a Constituição da República é e deve ser condicionante da interpretação e da construção normativa infraconstitucional. De todo modo, reconhece-se que a reafirmação infraconstitucional possui relevante papel na promoção de garantias, sendo louváveis tais impressões no CPC e no CPP, bem como a busca por mecanismos que levem ao plano prático a aplicação de tais princípios.

O sistema de garantias, sintetizado por Luigi Ferrajoli³⁵⁶ em dez axiomas basilares a qualquer produção normativa penal, deve ser admitido, como freio racional ao arbítrio, impondo limite interpretativo na formação e aplicação do precedente judicial³⁵⁷.

Pelo princípio de reserva de código em direito penal e processual penal, com maior rigor possível à legislação a fim de resguardar o sistema de garantias próprio e conter a “inflação legislativa” que pode levar ao colapso do princípio da legalidade, (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), que veda a criação de novas proibições pela via dos precedentes, reservando-se à lei em sentido estrito³⁵⁸.

O direito brasileiro, como admite Ferrajoli³⁵⁹, dota de peculiaridade. Ao adotar em matéria constitucional tanto o controle concentrado como o difuso de constitucionalidade, bem como as súmulas vinculantes, abriu-se espaço para uma teoria vinculante de precedente o que foi ao cabo desenvolvido pelo Código de Processo Civil e, de maneira colateral citado pelo Código de Processo Penal a partir da nova redação do art. 315, que pela Lei 13.964/2019, foi acrescido do §2º.

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos** [livro eletrônico]: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

³⁵⁸ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 410-414.

³⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. pp. 13-14.

O precedente no Brasil é “direito vigente”, ou seja, foi incorporado pelo direito positivo que expressamente o admitiu. Em todo caso, defende o autor, os precedentes em matéria penal seriam admitidos desde que *in bonam partem*³⁶⁰.

No tocante ao princípio da irretroatividade, assegurado pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso XL, deve compreendê-lo no âmbito das construções normativas (interpretação) e não apenas a um enunciado de lei.

A partir do paradigma da filosofia da linguagem, tem-se que a “lei” só pode ser compreendida em seu contexto, e que “texto da lei só existe na sua norma; e a norma só existe a partir do texto”³⁶¹.

Admitindo-se que as decisões dos tribunais são consideradas socialmente para pautar condutas dos indivíduos, há que se aplicar também a elas, notadamente aos precedentes vinculantes, o mesmo tratamento jurídico, vedando-se o retrocesso.

Uma construção normativa desfavorável à pessoa acusada em relação à outra interpretação anterior mais favorável, tal como a vigência de uma nova lei desfavorável, tem o condão de interferir na esfera de direitos individuais. A garantia que preserva a constituição quanto à irretroatividade maléfica (art. 5º, inciso XL), portanto, só será efetivamente alcançada se estendida também aos precedentes.

Ao cabo, o que não poderá retroagir é a norma penal maléfica, ou seja, a construção de sentido dada ao texto legal ou ao precedente em sua aplicação, sendo incabível a alegação de distinção entre lei e precedente para deixar de aplicar as garantias penais, isso porque a lei (texto) não é nada sem a norma.

Trata-se, como aponta Mariângela Gama de Magalhães³⁶², da concretização do princípio da legalidade, assegurando segurança jurídica, a igualdade, o que significa dizer, em conformidade com a finalidade do processo penal ao conter o poder estatal. Não se pode voltar ao passado para agora agir com um novo entendimento da Corte.

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 14.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito – Hermenêutica**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 9.

³⁶² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.

Não se pode, por conseguinte aplicar qualquer entendimento mais gravoso ao indivíduo que não podia conhecer posição que sequer existia.

Nas palavras de Juarez Tavares:

a proibição de retroatividade se estende também à variação da jurisprudência, já consolidada pelos tribunais em súmulas ou decisões repetidas, quando essa implique não apenas uma alteração de concepção jurídica, senão uma forma de integração legislativa. Haverá integração legal e não apenas diversidade de interpretação todas as vezes em que a decisão judicial acrescentar ao enunciado legal outro elemento nele não previsto e nem autorizado pela própria lei mediante o recurso da interpretação analógica. Com a inserção dessa jurisprudência em súmulas, principalmente vinculantes, concretiza-se nos sujeitos a convicção acerca do que seja lícito ou ilícito. Quando ocorre uma variação jurisprudencial, de tal sorte que se modifique o próprio sentido da proibição ou determinação, opera-se nesses sujeitos também uma alteração quanto à orientação que devam seguir na vida social. A retroatividade dessa nova interpretação integradora implica uma verdadeira quebra de confiança na ordem jurídica, o que afeta diretamente sua liberdade de escolha e orientação. Está, claro, então, que essa alteração não pode retroagir³⁶³

Somente a partir da decisão precedente se poderá admitir que os fatos futuros sejam interpretados conforme o precedente, a fim de o indivíduo não seja surpreendido e responsabilizado, por fatos aos quais não pode voltar para fazer de modo diverso.

Para que seja preservada a confiança no poder judiciário, bem como para se evitar o arbítrio, Mariângela Gama de Magalhães Gomes³⁶⁴ salienta que:

para o indivíduo é psicologicamente indiferente que seja punido de forma irretroativa imprevista ou imprevisível por causa de uma lei editada pelo Poder Legislativo inexistente no momento da infração, ou que se chegue a esse resultado através de uma nova interpretação judicial, sobre uma lei já existente e impossível de ser conhecida antes da sua declaração. Uma vez que a lei e sua interpretação possuem vínculo necessário de complementação, a realidade jurídica do princípio da legalidade somente será entendida quando, para determinado tipo penal, vigore a mesma interpretação que lhe era dada à época do cometimento do fato³⁶⁵.

A equiparação para fins da irretroatividade aqui tratada está, ainda, ligada à coerência e ao equilíbrio entre os poderes e o próprio sistema jurídico, uma vez que seria contraditório limitar o poder o Legislativo, cujas leis não poderia alcançar fatos pretéritos, mas permitir que isso fosse feito por decisões judiciais. A retroatividade

³⁶³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 75

³⁶⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 146.

³⁶⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 146.

penal, seja ela por lei, seja por precedente, somente ocorre quando em benefício da pessoa acusada.

Nesse sentido, Hermes Zaneti Jr.³⁶⁶ pontua que em casos favoráveis ao acusado, o precedente deve ser imediatamente aplicado, inclusive como fundamento de revisão criminal, por outro lado, assere que:

“nas hipóteses insuprimíveis em que a Corte definir conceitos jurídicos indeterminados, normas penais em branco ou qualquer conteúdo controverso da norma penal para gerar efeitos negativos em face do acusado, 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 dito”³⁶⁷.

Acrescenta-se que partindo de uma ótica democrática constitucional, aponta-se aqui que a própria concepção de processo penal se constitui como garantia do acusado (*nulla poena sine iudicio*)³⁶⁸, instrumentalizando direitos e garantias, limitando o exercício do poder estatal³⁶⁹, entende-se irrelevante segmentação do direito penal em processual, material e/ou de execução para delimitar a aplicação e retroação do precedente em material penal.

Essa jurisdição, na qual haverá a construção de sentido da norma, deve presar, ainda pelo contraditório, enquanto significante estruturante do processo penal³⁷⁰, razão pela qual tanto a formação, como a posterior aplicação e modificação de precedentes em um caso penal, deve garantir a participação efetiva das partes, a fim de que se manifestem sobre sua adequação àquele caso concreto, vedadas decisões surpresas.

³⁶⁶ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 419 passim.

³⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 419 passim.

³⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** – A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁶⁹ POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

³⁷⁰ MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

4. PRECEDENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA

A possibilidade de controle do poder estatal é um dos pontos essenciais da democracia. Nesse sentido, a Constituição da República estabelece como regra a publicidade e o acesso à informação oriunda de instituições estatais, a fim de garantir transparência dos atos praticados.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, a publicização das decisões judiciais viabiliza a verificação e o controle dos métodos utilizados a fim de chegar à conclusão exarada no dispositivo do ato decisório, bem como o seu conteúdo.

do Poder Judiciário se espera a adoção de métodos e técnicas interpretativas que garantam, tanto a maior participação dos interessados na construção da norma, quanto a necessária transparência que torne justificável o resultado final desse processo de passagem do significado do texto legal feito pelo legislador, para o sentido que o poder judiciário conferiu à norma.³⁷¹

Nessa perspectiva, o presente trabalho volta sua análise para a atividade judicial promovida pelos Supremo Tribunal Federal, com ênfase nas decisões relativas à formação ou aplicação de precedentes em matéria penal.

4.1 Base Metodológica para Pesquisa Empírica

Toda a amostra observada foi obtida através de buscas na base de dados eletrônicas, considerando os julgados disponibilizados pela referida corte em sítio eletrônico www.stf.jus.br, com auxílio de operadores booleanos, isto é, “códigos e símbolos disponibilizados pelos bancos de dados eletrônicos para auxiliar os usuários em suas pesquisas”³⁷².

Através da pesquisa empírica com o uso do método de jurimetria, ou seja, pela combinação de análises estatísticas aplicadas ao estudo do Direito com emprego de técnicas de análise quantitativa³⁷³, espera-se alcançar amostra capaz de evidenciar

³⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 20.

³⁷² VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; et. al. A pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, jan. 2014, p. 113.

³⁷³ YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões. In: Machado, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. pp. 254-255.

(i) se o art. 315, §2º, incisos V e VI tem sido considerado pelo STF em seus julgamentos; (ii) se os artigos do Código de Processo Civil relativos ao sistema de precedentes têm sido referidos como fundamento das decisões em processos penais; (iii) se a aplicação de precedentes em processo penal tem ocorrido a fim de efetivar direitos e garantias no processo penal.

A fim de responder à possível relação entre a utilização dos dispositivos do CPC e do CPP em matéria de precedentes penais, bem como o uso conjunto ou isolado de tais dispositivos, foram empregadas pesquisas independentes tendo como parâmetro de busca as seguintes fórmulas:

- "ART-00489" e "PAR-00001" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e CPC-2015
- "ART-00926" e CPC-2015
- "ART-00927" e CPC-2015
- "ART-00315" e "PAR-00002" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e "CPP-1941"

A coleta de dados limita aos casos julgados em órgãos colegiados, por essa razão as buscas atem-se aos acórdãos, utilizadas as opções de busca “Inteiro teor”, “sinônimos”, “plural” e “busca exata entre aspas”.

Especialmente nas pesquisas envolvendo o Código de Processo Civil, com intuito de filtrar apenas as decisões de matéria penal, foram realizadas variações de pesquisa incluindo em campo “Ementa / Decisão / Indexação” as palavras “penal” e “criminal”, com o operador booleano “ou”.

O marco temporal das buscas envolvendo o CPC foi fixado quantos aos julgamentos ocorridos entre 18 de março de 2016 (início da vigência do Código) e 31 de dezembro de 2021 (último dia do ano que antecede a conclusão da pesquisa).

A delimitação temporal das buscas envolvendo o CPP foi realizada considerando os julgamentos entre o dia 23 de janeiro de 2020 (início da vigência da Lei 13.960/2019 que incluiu o termo precedente no CPP, art. 315, §2º) e 31 de dezembro de 2021 (último dia do ano que antecede a conclusão da pesquisa).

No período de convergência entre as duas buscas (23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021), será analisado a possível menção conjunta dos dispositivos do Código de Processo Civil e do Código de Processo Penal.

Parâmetro de Pesquisa	Campos específicos - Ementa / Decisão / Indexação	Período Pesquisado	Link da Pesquisa
"ART-00489" e "PAR-00001" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?ementaAtaIndexacao=%E2%80%9Cpenal%E2%80%9D%20ou%20%E2%80%9Ccriminal%E2%80%9D&base=acordao&pesquisa_interno_teor=true&sinonimo=true&plural=true&buscaExata=true&jujamento_data=8032016-31122021&page=1&pageSize=100&queryString=%22ART-00489%22%20%22PAR-00001%22%20e%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%20CPC-2015%20&sorte_score&sortBydesc.&Advancedefina
"ART-00926" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?ementaAtaIndexacao=%E2%80%9Cpenal%E2%80%9D%20ou%20%E2%80%9Ccriminal%E2%80%9D&base=acordao&pesquisa_interno_teor=true&sinonimo=true&plural=true&buscaExata=true&jujamento_data=8032016-31122021&page=1&pageSize=100&queryString=%22ART-00926%22%20e%20%20CPC-2015%20&sorte_score&sortBydesc.&Advancedefina
"ART-00927" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?ementaAtaIndexacao=%E2%80%9Cpenal%E2%80%9D%20ou%20%E2%80%9Ccriminal%E2%80%9D&base=acordao&pesquisa_interno_teor=true&sinonimo=true&plural=true&buscaExata=true&jujamento_data=8032016-31122021&page=1&pageSize=100&queryString=%22ART-00927%22%20e%20%20CPC-2015%20&sorte_score&sortBydesc.&Advancedefina
"ART-00315" e "PAR-00002" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e "CPP-1941"	-	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021	https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordao&pesquisa_interno_teor=true&sinonimo=true&plural=true&buscaExata=true&jujamento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=100&queryString=%22ART-00315%22%20e%20%22PAR-00002%22%20e%20%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%22CPP-1941%22&sorte_score&sortBydesc.&Advancedefina

A fim de simplificar a referência no curso da pesquisa, cada um dos parâmetros será referido adiante apenas com a sigla dos respectivos códigos de processos e o número do *caput*.

A partir dos resultados obtidos, foram salvos o inteiro teor de todas as decisões e seus dados foram inicialmente tabulados em planilha ajustando-os às seguintes variáveis explicativas, contemplando na análise a terceira indagação da pesquisa:

- Parâmetros pesquisados;
- Classe;
- Unidade da Federação;
- Número;
- Órgão Julgador;
- Relator/a;
- Data da Julgamento;
- Data de Publicação;
- Tipo de Recorrente (defesa, acusação ou ambos);
- Data da decisão;
- Tipo penal em julgamento;
- Decisão foi reformada?
- A reforma implementou direitos e/ou garantias? Quais?
- Decisão foi fundamentada no art. 315 do CPP?
- Decisão foi fundamentada em artigos do CPC relativos a precedentes?
- Todos os votos seguiram em sentido semelhante? (unanimidade ou divergência).

Em paralelo, foram analisados o conteúdo das decisões encontradas, verificando-se o contexto de ocorrência dos termos de busca. A análise foi iniciada com a identificação, por meio de ferramenta de busca no próprio arquivo, foi possível

identificar a posição topográfica dos artigos em cada decisão e, a partir de então confirmar, ou infirmar sua relação com o tema de precedentes.

4.2 Decisões do Supremo Tribunal Federal em Números: Análise de Dados

O levantamento dos dados com os parâmetros estabelecidos resultou em uma amostra de 103 acórdãos, separados em quatro blocos: 05 resultados com art. 489 do CPC; 39 resultados contendo art. 926 do CPC; 57 acórdãos referindo-se ao art. 927 do CPC; e 02 com o art. 315 do CPP.

RESULTADO GERAL DA AMOSTA - Etapa 01			
Número de decisões	Parâmetro de Pesquisa	Campos específicos - Ementa/ Decisão/ Indexação	Período Pesquisado
5	"ART-00489" e "PAR-00001" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
39	"ART-00926" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
57	"ART-00927" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
2	"ART-00315" e "PAR-00002" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e "CPP-1941"	-	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
103	TOTAL		

A amostra de cada um dos parâmetros foi tabulada individualmente, seguida de um cruzamento de dados a fim de excluir os acórdãos que eventualmente se repetissem entre um e outro código de busca. Após essa primeira análise foi elaborada planilha compilada, com amostra total de 70 casos.

Em etapa seguinte foram analisados individualmente cada arquivo de inteiro teor a fim de confirmar o contexto em que os parâmetros de busca estavam empregados, excluindo-se os que eventualmente não atendessem os critérios da pesquisa.

Considerando todas as exclusões, chegou-se ao número de 57 acórdãos nos quais há expressa referência aos dispositivos de lei que se inserem no contexto dos precedentes.

4.2.1 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 489

Em primeira verificação da amostra obtida, foi possível perceber que o ARE 803.568 e o HC 175.446 fazem referência ao inciso IV do art.489 do CPC, que não se enquadra no critério adotado para a análise em questão. Diante disso, serão afastadas.

Dos 06 resultados encontrados, restam à análise a ADC 43, a ADPF 635 Medida Cautelar e a Extradução 1362, em que há referência ao inciso VI, além de também o inciso V na extradição, em reafirmação ao dever de fundamentação individualizado do caso concreto.

Nos três casos, a ocorrência se dá em reforço à obrigatoriedade de vinculação vertical e horizontal dos precedentes, o que é observado no primeiro caso em voto da Ministra Rosa Weber e, nos dois últimos, em voto do Ministro Edson Fachin.

Em tais situações, ainda que citado de maneira colateral, fica demonstrada a atenção dos julgadores em relação à fundamentação dispositivo positivado de forma colateral às decisões.

4.2.2 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 926

Nos resultados alcançados pela busca do art. 926 do CPC, foram localizados 39 resultados³⁷⁴, todas com julgamento após quase dois anos de vigência do Código de Processo Civil³⁷⁵.

Em análise mais acurada, restou necessária a exclusão da ADPF 167 que, embora cite no interior teor tanto o artigo do CPC, quanto a palavra “penal”, versa sobre questão eleitoral, não atinente ao escopo do presente trabalho. Reduzindo o objeto de análise a 38 acórdão.

³⁷⁴ Posteriormente ao levantamento de dados, quando da análise do HC 142.205/PR, foi identificado o julgamento conjunto com o HC 143.427/PR, que também faz referência aos artigos 926 e 927 do CPC. Esse último *habeas corpus*, porém, não foi listado como resultado dos parâmetros de pesquisa inicialmente estabelecidos em metodologia.

Optou-se por não incluir o referido HC na amostra a fim de manter o resultado fiel aos parâmetros de busca. Em todo caso, a situação evidencia a dificuldade de se estabelecer pesquisa de jurimetria, sendo possível que outros acórdãos tenham sido ignorados pelos filtros do STF.

³⁷⁵ Dentro do parâmetro temporal de pesquisa, o de julgamento mais antigo foi a ADPF 167, julgada em 07/03/2018 e publicada em 14/10/2020.

Tomando como base apenas a amostra do art. 926, verificou-se que 07 das decisões, ou seja, 18,42% das ocorrências do referido artigo, fazem apenas menção simples ao número do dispositivo ou realizam paráfrase de seu enunciado³⁷⁶. Não há referência direta a precedente em si, e o artigo é citado colateralmente para registrar entendimento anteriormente firmado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual é tido como parâmetro no caso, sem qualquer especificação.

Em outros 27 acórdãos³⁷⁷ (pouco mais de 71%), todas da Segunda Turma, o art. 926 do CPC é citado com a mesma construção argumentativa, usando exatamente as mesmas palavras e a idêntica transcrição doutrinária do livro “Novo Código Civil Comentado”, segunda edição (2016), de autoria de Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, sobre *stare decisis* horizontal e autorreferência do Supremo às suas próprias decisões.

Observa-se, também, que na sequência há transcrição do texto do art. 927 em referência à vinculação vertical dos meios julgadores inferiores das decisões da Corte.

A semelhança do texto é explicada ao se constatar que em todos os casos a ocorrência se dá manifestação do Ministro Edson Fachin, que argumenta buscar, antes de decidir, eventuais decisões do Tribunal Pleno sobre a matéria, submetendo-se, assim, à vinculação horizontal dos precedentes.

A repetição não se deve apenas à sequência textual em si, mas também quanto ao tema de fundo: a execução provisória da pena, presente em 26 dos acórdãos. Considerando o entendimento do STF (HC 126.292/SP e ARE 964.246/SP, com repercussão geral), até novembro de 2019, o Ministro Fachin se posicionou favorável à execução provisória.

A partir do julgamento do mérito da ADC 43, porém, que mudou o entendimento para privilegiar o princípio constitucional da presunção de inocência, sob mesmo alicerce

³⁷⁶ A ocorrência de menção simples é observada nos seguintes casos: Rcl 30008; Rcl 30245; Pet 7417 AgR; RE 1055941; RHC 163334; HC 164593 AgR; HC 193726 AgR.

³⁷⁷ HC 167265 AgR; HC 160335 AgR; HC 147547 AgR; HC 152802 AgR; HC 164701 AgR; HC 166899 AgR; RE 1175109 AgR; RE 1190836 AgR; RE 1204875 AgR; HC 151430 AgR-segundo; RE 1117856 AgR; RE 1141243 AgR; HC 172164 AgR; HC 175179 AgR; ARE 1217425 AgR; HC 152919 AgR; Rcl 26360 AgR; RE 1233470 AgR; HC 154694 AgR; ARE 1235057 AgR; HC 160296 AgR; ARE 1226891 AgR; HC 168510 AgR; RE 1144388 AgR; RE 1153991 AgR; RE 1195505 AgR.

do *stare decisis*, há acréscimo de fundamentação a fim de justificar seu voto contrário à execução provisória da penal.

Sem fundamentar no *stare decisis* ou nos artigos relativos ao sistema de precedentes, mas sim no “princípio da colegialidade”, o Ministro Celso de Melo também se posiciona em observância à decisão anterior do STF sobre a matéria com ressalva de entendimento que assim permaneceria até que se mudasse o entendimento da Corte, como poderia acontecer (e aconteceu) no julgamento do mérito da ADC 43³⁷⁸. Tal posição pode indicar que indiferença do ministro quanto à positivação de dispositivos e incorporação do *stare decisis*.

A manifestação do Ministro Fachin que segue mesma construção argumentativa, mas refere-se sobre outro tema está no HC 142.205/PR, e versa sobre colaboração premiada. Na ocasião a turma se divide entre Fachin e Carmem Lúcia que entendem ser tratar de caso de *overruling* e que, no entender deles, não caberia em julgamento de órgão fracionário; e, de outro lado Gilmar Mendes (relator) e Ricardo Lewandowski que entendem ser caso de distinção, passível de julgamento pela Turma.

Ainda no âmbito da execução provisória da pena, no HC 152.752/PR, que teve como paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber invocaram o artigo para negar a liberdade do então acusado em observância à estabilidade de decisões anteriores que autorizavam a execução provisória.

Verifica-se que no caso em apreço o Ministro Fachin toma como premissa a legalidade da decisão do Superior Tribunal de Justiça, apontada como coatora, tendo em vista que ela foi fundamentada em entendimento firmado pelo Plenário do STF considerado precedente.

A despeito de citar o art. 926 em seu voto, a Ministra Rosa cita os princípios da equidade e da colegialidade referente às decisões anteriores do Supremo. Na oportunidade, porém, faz ressalva quanto à obrigatoriedade de vinculação das decisões judiciais da própria corte, fazendo referência apenas às súmulas vinculantes e ao controle constitucionalidade. O que significa dizer, o HC em tela, não poderia, mesmo em plenário, ser utilizado para alterar entendimento anterior do Colegiado.

³⁷⁸ Como exemplos, cita-se manifestação em: HC 167.265 AgR; HC 160.335 AgR; HC 152.802 AgR; HC 172.164 AgR.

Posteriormente, em novembro de 2019, como já mencionado, em julgamento de mérito da ADC 43, a mesma ministra retoma seu voto do referido HC e faz referência aos arts. 926 e 927.

Na Questão de Ordem na AP 937, que versa sobre restrição do foro por prerrogativa de função, o art. 926 é mencionado em seu §2º pelo Alexandre de Moraes para destacar que na formação de súmula – ou tese -, o tribunal deve levar em consideração as circunstâncias fáticas do caso.

Em preliminar em Reclamação n. 43007, o artigo é mencionado pelo Ministro Edson Fachin apenas como questionamento, a fim de suscitar na Turma questão sobre possível inconstitucionalidade caso não ocorra exame de mérito na decisão de retirada de sigilo (publicidade) em reclamação, relativo a direito da personalidade de terceiros.

4.2.3 ANÁLISE DAS DECISÕES CPC ARTIGO 927

Tal como nos demais casos, verificou-se a aparição de dados que não pertencem ao objeto do presente estudo. Assim, foram excluídas as penais números 996, 1002, 1015 e 1030, bem como embargo de declaração n. 1030 e Rcl. 44.616 AgR, RE 580.252, RE 842.846, todas em razão de mencionarem o art. 927 do Código Civil e não ao Código de Processo Civil.

Permanece de excluída também a ADPF 167, que versa sobre questão eleitoral.

Além dos casos já tratados quando analisado as ocorrências do art. 926, de relatoria do Ministro Edison Fachin³⁷⁹, em enunciado semelhante no qual o art. 927 é referido para alusão à vinculação vertical, somam-se as reclamações 30008 e Rcl 30245.

Em mera transcrição ou paráfrase do enunciado do artigo 927, foram observadas 05 ocorrências³⁸⁰.

³⁷⁹ HC 167265 AgR; HC 160335 AgR; HC 147547 AgR; HC 152802 AgR; HC 164701 AgR; HC 166899 AgR; RE 1175109 AgR; RE 1190836 AgR; RE 1204875 AgR; HC 151430 AgR-segundo; RE 1117856 AgR; RE 1141243 AgR; HC 172164 AgR; HC 175179 AgR; ARE 1217425 AgR; HC 152919 AgR; Rcl 26360 AgR; RE 1233470 AgR; HC 154694 AgR; ARE 1235057 AgR; HC 160296 AgR; ARE 1226891 AgR; HC 168510 AgR; RE 1144388 AgR; RE 1153991 AgR; RE 1195505 AgR.

³⁸⁰ Em mera menção ao dispositivo legal, citam: HC 141.590, HC 147303, HC 147426, HC 152676 AgR; Pet 7417 AgR.

Como fundamentação trazida pelas partes e que, portanto, foram citadas no relatórios, estão HC 134.970 AgR/SP, HC 167.550 AgR Ed/PR, HC 173.879 Ag.R/PR, nos quais ocorreram a menção ao dispositivo pelo impetrante como razão do HC sob alegação que o ato coator não observou entendimento do Supremo sobre a matéria versada no caso. Não foi observada, porém, a referência do artigo na articulação dos votos dos ministros.

No ARE 652.469 AgR observa-se no voto do Celso de Melo referente à modulação dos efeitos dos casos de precedentes em casos penais apenas para o futuro, em defesa da irretroatividade maléfica quanto a questões penais materiais ou de natureza mistas³⁸¹.

Observa-se identidade nos votos de do Ministro do Luiz Fux nas Reclamações números: 28.147 AgR/MS; 28.200 AgR/SP; 29.609 AgR/GO; 30.719 AgR/RJ; 31.769 AgR/SP e 30.263/SP. Em todos os casos há transcrição do art. 927, seguido de parágrafos nos quais menciona a reclamação como mecanismo de preservação da competência e da autoridade do STF, bem como observância das súmulas vinculantes. Fazendo-se a ressalva da limitação reclamação, para que não seja utilizado como sucedâneo de demais recursos. Assim, o artigo é mencionado em reforço à vinculação vertical das decisões da Corte.

Em voto do Ministro Alexandre de Moraes na ADC 35, ele manifesta expressamente o entendimento de que as decisões do STF vinculam os tribunais inferiores e que, no caso em tela, a ADC restaria prejudicada em face de precedente (vinculante) firmado no RE 971.959 sob o regime de repercussão geral, no qual o STF reconheceu a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito (crime de omissão e socorro).

O ministro Edson Fachin menciona o art. 927 para tratar da vinculação vertical do judiciário frente as decisões do Plenário em ação constitucional em seu HC 152.752/PR, oportunidade que também reforça a vinculação do horizontal da própria corte. No mesmo HC, a Ministra Rosa Weber refere à vinculação horizontal e vertical, embora sem relacionar diretamente com as hipóteses do art. 927, embora registre que a alteração da jurisprudência deve observar os parâmetros dos parágrafos do referido artigo.

³⁸¹ Embora o voto faça referência ao §5º, acredita-se referir-se ao §4º.

No mérito do julgamento do ADC 43, a ministra Rosa Weber faz referência art. 927 como representante da teoria dos precedentes no Código de Processo Civil.

Reclamação 30126/PR, o Ministro Edson Fachin, vale-se do art. 927, inciso V, para afirmar a observância do que já decidido pelo Pleno no HC 152.752/PR, o que não poderia ser objeto de alteração pelo órgão fracionário (Segunda Turma).

4.2.4 ANÁLISE DAS DECISÕES CPP ARTIGO 315 §2º, INCISOS V E VI

Através dos parâmetros de pesquisa adotados foi possível identificar duas decisões nas quais há menção ao Código de Processo Penal em seu art. 315, incisos V e/ou VI, são elas, o Agravo Regimental no *Habeas Corpus n. 194.107/DF* (julgado em 21/12/2020) e o *Habeas Corpus n. 199.876/MG* (julgado em 14/06/2021), ambas julgadas pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relatores, respectivamente, os Ministros Ministro do Alexandre de Moraes e Marco Aurélio (relator para acórdão Ministro Alexandre de Moraes).

Ao analisar o conteúdo das decisões, entretanto, percebeu-se que em nenhum dos casos há relação com precedentes judiciais, demonstrando se tratar de um falso resultado de pesquisa.

No que se refere ao Agravo Regimental no HC n. 194107/DF, o art. 315 do CPP aparece no relatório do voto, como referência feita no HC, como suposta violação do artigo, porém em relação à sua redação anterior, ou seja, antes da alteração promovida pela lei 13.964/2019.

Destaca-se que é citado um suposto “parágrafo único” do dispositivo, o que não existia na redação anterior e nem a atual, o que evidencia um possível erro material na transcrição do relatório.

No caso do HC 199.876/MG sequer há menção ao art. 315 do CPP, há em verdade, a referência genérica dos artigos do CPP 312 a 316), o que pode ter levado à indexação pelo sistema do STF a fim de apresentar como resultado da busca.

4.3 Breve Incursões Qualitativas dos Dados Quantitativos

4.3.1 O ART. 315, §2º, INCISOS V E VI TEM SIDO CONSIDERADO PELO STF EM SEUS JULGAMENTOS?

A pesquisa empírica realizada demonstrou que desde o início de vigência da nova redação do art. 315, §2º, conforme redação propiciada pela Lei 13.964/2019, até o dia 31 de dezembro de 2022 o referido dispositivo não foi referido em nenhuma vez pelo Supremo Tribunal Federal.

No mesmo período, porém (entre 23 de janeiro de 2020 e 31 de dezembro de 2021), a amostra revela que a ocorrem de 14 decisões com dispositivos referentes ao Código de Processo Civil³⁸², o que representa quase 25% do total considerado.

Ainda o número de citações do CPC também não seja tão elevado, por ele constata-se que em alguma medida o tema precedente, com base no texto legislado, chegou em alguma medida à Suprema Corte, e isso não tem ocorrido com base no CPP.

Estreitando-se o comparativo apenas com o art. 489, §1º do CPC, cuja redação é espelhada no art. 315, §2º do CPP, aquele dispositivo foi localizado em apenas 03 ocorrências nos últimos cinco anos. Por outro lado, uma dessas vezes ocorreu já em momento de vigência de semelhante no Código de Processo Civil e o julgador manteve como fundamento o texto do CPP.

Tal cenário leva à conclusão que até o momento a alteração legislativa não conduziu alteração argumentativa das decisões, ao menos não para que o tribunal fosse levado a fundamentar suas decisões em tal dispositivo, ou substituir o artigo do CPC pelo do CPP.

Ainda que a pesquisa tenha abarcado apenas dois anos de vigência da redação em questão do art. 315, §2º do CPP, e que outros fatores qualitativos possam ser levantados a partir dos dados coletados, objetivamente foi possível perceber que até o momento a alteração legislativa não ganhou relevância no Supremo a ponto de ser mencionada de alguma forma no inteiro teor de julgamentos colegiados.

³⁸² HC 154694 AgR; ARE 1235057 AgR; HC 160296 AgR; ARE 1226891 AgR; HC 164593 AgR; ADPF 635 MC; HC 168510 AgR; HC 142205; RE 1144388 AgR; RE 1153991 AgR; RE 1195505 AgR; ADC 35; Rcl 43007 AgR; HC 193726 AgR.

4.3.2 OS ARTIGOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL RELATIVOS AO SISTEMA DE PRECEDENTES TÊM SIDO REFERIDOS COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES EM PROCESSO PENAL?

A pesquisa evidenciou que antes de o Código de Processo Penal admitir o termo precedente, já era possível notar a presença de artigos do Código de Processo Civil em julgamentos penais, que permanecem sendo citados.

4.3.3 A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES EM PROCESSO PENAL TEM OCORRIDO A FIM DE EFETIVAR DIREITOS E GARANTIAS NO PROCESSO PENAL?

Ainda que o cerne da pesquisa aqui realizada não tenha se aprofundado no estudo qualitativo, pela análise do contexto dos artigos citados, foi possível perceber que ainda não há a fixação firme de uma teoria dos precedentes por parte dos Ministros.

Há oportunidades, como no julgamento do HC 152.752/PR e do HC 142.205/PR, em que ficam evidentes as incertezas e/ou discordância entre os Ministros sobre como o próprio Tribunal deveria encarar a situação do ponto de vista procedimental e dar ao precedente discordâncias quanto ao procedimento a ser adotado diante de um possível precedente, seja para superação, distinção, ou instrumento processual adequado para formação e vinculação.

Não se ignora a possibilidade de serem aplicadas metodologias diversas, capazes de alcançar resultados diferentes. Pelo método ora empregado, porém, foi possível verificar que a maior parte das referências aos dispositivos legais considerados foram mencionados pelos mesmos ministros, com destaque ao ministro Edson Fachin, que traz em seu voto, ainda que não seja o relator.

Destaca-se a recorrência do tema da execução provisória da pena, matéria que teve alteração nos últimos anos. Nesses casos, sob o mesmo fundamento da vinculação horizontal, o Ministro Fachin proferiu votos favoráveis à execução provisória da pena até novembro de 2019; posteriormente, com o julgamento do mérito da ADC 43, passou a votar em sentido oposto nos órgãos fracionários, adequando seu voto à nova posição do Pleno.

Entende-se temeroso afirmar que o Supremo tem considerado os dispositivos legais sobre precedentes quando verificado que tais considerações ocorrem nas manifestações da minoria da corte.

Por conseguinte, resta igualmente temerária a afirmação sobre se o contexto tem ou não propiciado a garantia de direitos fundamentais por parte do STF. Pode-se afirmar, entretanto, as decisões que fazem referência para além da mera transcrição ou paráfrase legal, ocorreu a preocupação de demonstrar a vinculação horizontal e/ou vertical dos precedentes.

NOTAS CONCLUSIVAS

Ao longo do presente trabalho foram fixadas premissas para seu desenvolvimento. Em apertada síntese, destacam-se: i) o atual momento de maturação jurídico democrático ocidental, as barreiras entre o *civil* e *common law* vem sendo abrandadas, passando a se influenciarem mutuamente. Notadamente em países como o Brasil, cujo desenvolvimento jurídico não aconteceu de forma natural e contínua, e que sofreu diversas injunções e influências externas desde o início da colonização, já não faz sentido a determinação de limites de tradições que sequer o pertence e que em seus países de origem já se encontram em esfacelamento se comparado a sua forma originária.

ii) O direito constitui-se por meio da linguagem, a qual invariavelmente está sujeita a interpretação. A linguagem jurídica se perfaz tanto pela produção legislativa na elaboração de leis e códigos, como pelo ato de proferir decisão judicial.

iii) No atual paradigma constitucional no qual o Brasil está inserido, com a incorporação de direitos e garantias individuais, impõe-se a concepção do processo penal como mecanismo de contenção do poder estatal. Admitir a presunção de inocência e de liberdade impõe condicionar o uso do poder coercitivo do Estado à observância de procedimento previamente estabelecido, o que alça o próprio processo penal a uma condição de garantia.

A partir de tais pontos, o precedente se insere dentro da teoria geral do direito, ligado às teorias da interpretação e da norma, não se limitaria ao direito processual civil, mas deveria, à medida da possibilidade, viabilização sua extensão aos demais ramos do direito.

A universalização proposta pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes pretende promover reforço de garantias processuais constitucionais, a fim de avançar em prol de sua efetivação, assegurando igualdade, a redução de arbitrariedade e a segurança jurídica ao jurisdicionado.

Se por um lado os precedentes são realidade na prática no direito brasileiro, foi possível perceber pela pesquisa empírica que ainda não estão devidamente delineados os seus contornos, pelo que o STF ainda parece tatear por terreno desconhecido.

O desenvolvimento do tema em esfera processual civil, no entanto, mostra-se insuficiente, sendo necessário compreender em matéria penal atrelado ao sistema de garantias, a fim de controlar o arbítrio do poder estatal, cuja intervenção no direito penal restringe a liberdade do indivíduo.

Nesse passo, sugere-se que os caminhos de uma teoria de processo penal sejam fundados nos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da legalidade e da irretroatividade maléfica, a fim de que a universalização possível pelos precedentes o conduza a efetivação de direitos individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 2, n. 01, p. 62-69, 2016.
- ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. pp.399-405.
- ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais**, v. 893, p. 33-45, 2010.
- ANCHIETA, Natascha Silva. Civil Law e Common Law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 13, n. 13, p. 658-684, 2014. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>>. Acesso em 25 de maio de 2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Prefácio. In: GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco. Apresentação. In: PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito: Por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação dos precedentes, súmulas e decisões vinculantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. **Revista Quaestio Iuris**, v. 11, n. 3, p. 1456-1486, 2018.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. In: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schetti. (Coord.). **Coleção repercussões no Novo CPC - Processo Penal**. v. 13. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo-lógico semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.
- CASARA, Rubens R. R. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal**. 2. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Por que sustentar a democracia do sistema processual brasileiro? In: **Observações sobre os sistemas processuais penais**: escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v.1. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 103-105 *passim*.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**: Direito Comparado. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos** [livro eletrônico]: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.
- GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais em processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e interpretação jurisprudencial**: Do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas, 2008.
- IVO, Gabriel. **Norma jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006, p. XXXI.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.
- KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAMY, Ana Carolina Pereira Cesarino Faraco. O processo penal brasileiro e a consciência inquisitória. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SIQUEIRA, Marco Aurélio Nunes da (org.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil**: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália. v. 1 e 2. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. p. 171.
- LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: Introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- MINAGÉ, Thiago M. **Prisões e medidas cautelares à luz da Constituição**: o contraditório como significante estruturante do processo penal. 5. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- NERI, Bianca Garcia; LIMA, Barbara Gaeta Dornellas de. A Força dos Precedentes Judiciais no Processo Penal: Uma busca pela igualdade e segurança jurídica. In. XXV Encontro Nacional do CONPEDI, 2016, Brasília. **Processo Penal e Constituição**. Disponível em <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/76h113vv/nDRzK6tcl5s2qhtZ.pdf>> . Acesso em 18 set. 2018.
- NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo**: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- PINHEIRO, Guilherme César. **A vinculação decisória no Estado Democrático de Direito**: Por uma compreensão constitucionalmente adequada da aplicação dos precedentes, súmulas e decisões vinculantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- POLI, Camilin Marcie de. **Sistemas processuais penais**. 2. ed. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** – A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de processo civil [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36 n. 76, p. 9-29, 2015.
- SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual**: pensar sin certezas. Santiago Del Estero: Paidós Postales, 1999.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. Apresentação. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o direito** – Hermenêutica. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (em) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso** – decido conforme a minha consciência? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- STRECK, Lenio. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** [eletrônica], v. 110/2003, p. 141-158, Abr-Jun, 2003.
- TARUFFO, Michele. Precedente y jurisprudencia. **Precedente. Revista Jurídica**, p. 86-99, 2007.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.
- TORRES, João Guilherme Gualberto; SILVA, Thaila Fernandes da. A formação de precedentes em julgamento de habeas corpus. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JR., Hermes (org.). **Temas de Direito Processual Contemporâneo**: III Congresso Brasil-Argentina de Direito Processual. v. 2. Serra: Editora Milfontes, 2019. Disponível em <http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/temas_de_direito_processual_contemporaneo.pdf>. Acesso 04 jul. 2020.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho; et. al. A pesquisa em Direito e as Bases Eletrônicas de Julgados dos Tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, vol. 1, n. 1, jan. 2014.
- VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mudança no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- YEUNG, Luciana. Jurimetria ou análise quantitativa de decisões. In: Machado, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal**: teoria crítica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo**: Do problema ao precedente. Da teoria do processo ao código de processo civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: Teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

<p>Parâmetro 03 - CPC art. 827</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>HC AgrR</p> <p>HC 1757/19 AgrR</p> <p>Segunda Turma</p> <p>GLMAR MENDES</p>	<p>38</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>07/12/2019</p>	<p>25/10/2019</p>	<p>08/12/2019</p>	<p>38</p>	<p>Sim</p>	<p>Sim</p>	<p>Emenda, AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS, PROCESSO PENAL, DECISÃO TERMINATIVA, IMPERSONAL, DECISÃO NÃO SUBMETIDA, ÓRGÃO COLEGADO, CONHECIMENTO DO MANDADO, INVABILIDADE, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, POSSIBILIDADE, INSTÂNCIA DE LEGALIDADE OU TERATOLOGIA, ENTENDIMENTO CONTEMPORÂNEO E RETERNO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Esta Corte sem posição firme pela impossibilidade de admitir a habeas corpus impetrado contra decisão proferida por membro do Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, "b", da Constituição da República, a competência para julgar a habeas corpus impetrada contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário é do Supremo Tribunal Federal, não se inaugurando a competência do Superior Tribunal Federal, nas hipóteses em que, como no caso, não se trata de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 2. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 3. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 4. Outrossim, ainda que já interposto o recurso destinado ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, também já sumulado, desta Corte é o de que a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, não depende de interposição de recurso no âmbito do próprio órgão julgador. 5. Agravo regimental provido. (Sumula n. 634/STJ) (Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a)s p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJM-382, DIVULG 29-11-2019, PUBLIC 05-12-2019)</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>
<p>Parâmetro 02 - CPC art. 826</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>HC AgrR</p> <p>HC 1757/19 AgrR</p> <p>Segunda Turma</p> <p>GLMAR MENDES</p>	<p>38</p>	<p>Sim</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>08/12/2019</p>	<p>25/10/2019</p>	<p>08/12/2019</p>	<p>38</p>	<p>Sim</p>	<p>Emenda, AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS, PROCESSO PENAL, DECISÃO TERMINATIVA, IMPERSONAL, DECISÃO NÃO SUBMETIDA, ÓRGÃO COLEGADO, CONHECIMENTO DO MANDADO, INVABILIDADE, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, POSSIBILIDADE, INSTÂNCIA DE LEGALIDADE OU TERATOLOGIA, ENTENDIMENTO CONTEMPORÂNEO E RETERNO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Esta Corte sem posição firme pela impossibilidade de admitir a habeas corpus impetrado contra decisão proferida por membro do Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, "b", da Constituição da República, a competência para julgar a habeas corpus impetrada contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário é do Supremo Tribunal Federal, não se inaugurando a competência do Superior Tribunal Federal, nas hipóteses em que, como no caso, não se trata de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 2. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 3. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 4. Outrossim, ainda que já interposto o recurso destinado ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, também já sumulado, desta Corte é o de que a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, não depende de interposição de recurso no âmbito do próprio órgão julgador. 5. Agravo regimental provido. (Sumula n. 634/STJ) (Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a)s p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJM-382, DIVULG 29-11-2019, PUBLIC 05-12-2019)</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>	
<p>Parâmetro 01 - CPC art. 827</p> <p>"INC.00065 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>ADC</p> <p>ADC DF</p> <p>NA</p> <p>MARCO AURELIO</p>	<p>371</p>	<p>N/A</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>12/11/2020</p>	<p>07/11/2019</p>	<p>12/11/2020</p>	<p>371</p>	<p>Sim</p>	<p>Emenda, AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS, PROCESSO PENAL, DECISÃO TERMINATIVA, IMPERSONAL, DECISÃO NÃO SUBMETIDA, ÓRGÃO COLEGADO, CONHECIMENTO DO MANDADO, INVABILIDADE, EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA, POSSIBILIDADE, INSTÂNCIA DE LEGALIDADE OU TERATOLOGIA, ENTENDIMENTO CONTEMPORÂNEO E RETERNO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AGRADO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Esta Corte sem posição firme pela impossibilidade de admitir a habeas corpus impetrado contra decisão proferida por membro do Tribunal Superior, visto que, a teor do artigo 102, I, "b", da Constituição da República, a competência para julgar a habeas corpus impetrada contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário é do Supremo Tribunal Federal, não se inaugurando a competência do Superior Tribunal Federal, nas hipóteses em que, como no caso, não se trata de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 2. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 3. Não bastaria, não há que se falar em teratologia ou em ilegalidade da decisão judicial que não somente aplica entendimento contemporâneo e reiterado do Plenário desta Suprema Corte de que a execução provisória de decisão penal condenatória é possível, mas também reconhece a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, visto que, não o cabimento de agravo regimental. 4. Outrossim, ainda que já interposto o recurso destinado ao Superior Tribunal de Justiça, o entendimento, também já sumulado, desta Corte é o de que a possibilidade de concessão de habeas corpus impetrado contra decisão proferida por órgão do Poder Judiciário, quando não se tratar de julgamento antecipado, não depende de interposição de recurso no âmbito do próprio órgão julgador. 5. Agravo regimental provido. (Sumula n. 634/STJ) (Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a)s p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJM-382, DIVULG 29-11-2019, PUBLIC 05-12-2019)</p>	<p>Não</p>	<p>Mutação de Entendimento</p>	
<p>Parâmetro 02 - CPC art. 826</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>RE</p> <p>RE SP</p> <p>ACUSação</p> <p>DAS TOFFOLI</p>	<p>470</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>18/03/2021</p>	<p>04/12/2019</p>	<p>18/03/2021</p>	<p>470</p>	<p>Sim</p>	<p>Menção simples</p>			
<p>Parâmetro 02 e 03 - CPC art. 926 e 927</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>ARE AgrR</p> <p>ARE RJ</p> <p>Segunda Turma</p> <p>RICARDO LEVANDOWSKI</p>	<p>88</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>03/03/2020</p>	<p>08/12/2019</p>	<p>03/03/2020</p>	<p>88</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>			
<p>Parâmetro 02 e 03 - CPC art. 926 e 927</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>HC AgrR</p> <p>HC RJ</p> <p>Segunda Turma</p> <p>RICARDO LEVANDOWSKI</p>	<p>12</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>18/12/2019</p>	<p>08/12/2019</p>	<p>18/12/2019</p>	<p>12</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>			
<p>Parâmetro 02 e 03 - CPC art. 926 e 927</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>RE AgrR</p> <p>RE RJ</p> <p>Segunda Turma</p> <p>RICARDO LEVANDOWSKI</p>	<p>68</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>12/02/2020</p>	<p>09/12/2019</p>	<p>12/02/2020</p>	<p>68</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>			
<p>Parâmetro 02 e 03 - CPC art. 926 e 927</p> <p>"ART.00927 e CPC-2015;" "penal" ou "criminal"</p>	<p>RE AgrR</p> <p>RE RJ</p> <p>Segunda Turma</p> <p>GLMAR MENDES</p>	<p>68</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>Não</p>	<p>12/02/2020</p>	<p>09/12/2019</p>	<p>12/02/2020</p>	<p>68</p>	<p>Sim</p>	<p>Fundamentação pelo voto do Ministro Edson Fachin</p>			

APÊNDICE: RESULTADOS POR DATA

RESULTADO GERAL DA AMOSTA - ETAPA 01			
Número de decisões	Parâmetro de Pesquisa	Campos específicos - Ementa/ Decisão/ Indexação	Período Pesquisado
5	"ART-00489" e "PAR-00001" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
39	"ART-00926" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
57	"ART-00927" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	18 de março de 2016 a 31 de dezembro de 2021
2	"ART-00315" e "PAR-00002" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e "CPP-1941"	-	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
103	TOTAL		
ACÓRDÃOS APÓS VIGÊNCIA DA LEI 13.964/19			
Número de decisões	Parâmetro de Pesquisa	Campos específicos - Ementa/ Decisão/ Indexação	Período Pesquisado
1	"ART-00489" e "PAR-00001" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
12	"ART-00926" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
14	"ART-00927" e CPC-2015	"penal" ou "criminal"	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
2	"ART-00315" e "PAR-00002" e ("INC-00005" ou "INC-00006") e "CPP-1941"	-	23 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021
29	TOTAL		

Link da Pesquisa	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=18032016-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00926%22%20e%20%22PAR-00005%22%20e%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=18032016-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00926%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=18032016-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00927%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00315%22%20e%20%22PAR-00002%22%20e%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%22CPP-1941%22&sort=score&sortBy=desc&Advanced=true	
Link da Pesquisa	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00489%22%20e%20%22PAR-00001%22%20e%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00926%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?eminentaAlphadevacao=%E2%80%99Cpnaal%E2%80%9D%20%20%E2%80%9Ccriminhale%E2%80%9D&base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00927%22%20e%20%22CPC-	
https://juis.podencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordados&pesquisa_inteiro_teoriatuexinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaEvaluatue&judgmento_data=23012020-31122021&page=1&pageSize=10&queryString=%22ART-00315%22%20e%20%22PAR-00002%22%20e%20%22INC-00005%22%20ou%20%22INC-00006%22%20e%20%22CPP-	