



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO

FABIANO CAVALCANTE PIMENTEL

O RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS COMO
FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

Salvador
2015

FABIANO CAVALCANTE PIMENTEL

**O *RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS* COMO
FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Doutorado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Wilson Alves de Souza

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANO CAVALCANTE PIMENTEL

***O RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS COMO
FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL***

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Wilson Alves de Souza
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dra. Maria Auxiliadora Minahim
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome:
Instituição:

Nome:
Instituição:

Salvador, 21/01/2015.

Para Maria Isabel e Maria Clara, minhas Marias,
com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família, especialmente, aos meus pais, Raimundo Nonato dos Santos Pimentel e Marinalda Cavalcante Pimentel *in memoriam*. Agradeço a minhas Marias, Maria Isabel, querida esposa e Maria Clara, querida filha, com todo meu amor. Agradeço ao meu querido mestre e orientador, Professor Dr. Wilson Alves de Souza pela ajuda constante e por seu incansável trabalho de orientação. Sem ele, seria impossível chegar ao fim desta pesquisa. Agradeço ao meu querido mestre Sérgio Habib, meu eterno professor, por todo apoio na minha vida profissional e à professora Lélia Guimarães, por sua preocupação e fiel amizade de todas as horas. Agradeço a Professora Dra. Maria Auxiliadora Minahim e ao Professor Dr. Ricardo Maurício Freire pelas correções e críticas que ajudaram a construir a presente tese. Agradeço a Carmem Rivera Luna e Camila de Cerqueira Silva pelo auxílio bibliográfico e a todos os Professores da Universidade Federal da Bahia pela minha formação acadêmica.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares... É o tempo da travessia... e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”.

(Tempo de travessia - Fernando Teixeira de Andrade)

RESUMO

Em matéria processual penal, a sentença condenatória pode ser impugnada a qualquer tempo pela via rescisória, visto que, em caso de condenação criminal injusta, não deve prevalecer a coisa julgada. A modificação do fato ou do direito sempre quando for realizada para melhorar a situação do condenado, servirá como fundamento para a revisão criminal. No direito brasileiro é cada vez maior a influência da teoria do precedente judicial, decisão de cuja fundamentação se extrai uma regra que passará a influenciar futuros julgamentos de casos semelhantes. O magistrado, ao dirimir uma demanda, cria uma norma de caráter individual e outra de caráter geral, a *ratio decidendi*, localizada nos fundamentos jurídicos essenciais da decisão, é a tese jurídica aplicada na resolução do caso. No entanto, diante de mudanças sociais, as técnicas de superação do precedente permitem a flexibilidade do ordenamento jurídico ao abandonar o precedente, que em determinado momento histórico, mostrou-se ultrapassado ou injusto, e assim promovem a segurança jurídica. Importa para a presente tese o *overruling*, técnica através da qual um precedente é superado, que diz respeito à *ratio decidendi* (do precedente a ser superado), da qual se extrai uma norma. A norma surge tanto da lei quanto de outras fontes do direito, como o costume ou os precedentes judiciais, e o texto da lei deve ser interpretado buscando-se seu significado e alcance, para dele se extrair o resultado da interpretação que é a essência da norma jurídica. Logo, a norma extraída do precedente, ou seja, a sua *ratio decidendi*, por também ser uma norma (embora de texto distinto da lei), se for mais benéfica ao acusado, deve ser utilizada em seu favor em sede de revisão criminal.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Segurança Jurídica; Revisão Criminal; Precedentes; Overruling.

ABSTRACT

In criminal matters, the sentence may be challenged at any time through rescission action, and if there was a false representation of reality that was able to generate a wrongful criminal conviction, should not remain *res judicata*, which must be rescinded by the criminal revision. Modification of fact or of law when performed to improve the situation of the convicted, will always serve as a basis for criminal review. Under Brazilian law is increasing the influence of the theory of judicial precedent decision whose reasoning it extracts a rule that will influence future judgments in similar cases. The magistrate, to settle a claim, creates a norm of individual character and one of a general character, the ratio decidendi, located in the essential legal basis of the decision, is the legal interpretation applied in solving the case. However, faced with social change, techniques for overcoming the precedent allow the flexibility of the legal system to abandon precedent in that particular historical moment, proved outdated or unjust, and thus enhance legal certainty. It is important for the present thesis the overruling, technique where a precedent is overcome, as regards the ratio decidendi (the precedent to be overcome), from which is extracted a legal norm. The rule arises from both the law and other sources of law such as custom or judicial precedents, and the text of the law should be interpreted looking up its meaning and scope, to extract the result of the interpretation that is the essence of legal norm. Therefore, the extracted rule of precedent, in other words, its ratio decidendi, by also being a legal norm (although distinct text of the law), it is more beneficial to the accused, must be used in your favor, even upon revision criminal.

Keywords: Access to Justice; Legal Security; Criminal Revision; Precedents; Overruling.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADIN	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil
Cf	Conforme
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CR	Constituição da República
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
DJ	Diário de Justiça
HC	<i>Habeas Corpus</i>
JECRIM	Juizado Especial Criminal
LEP	Lei de Execução Penal
LC	Lei Complementar
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
Ob. cit.	Obra citada
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
REsp	Recurso Especial
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TACRIM	Tribunal de Alçada Criminal
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTRUTURANTES: A RELAÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	15
2.1 GENERALIDADES	15
2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL	16
2.3 O VALOR JUSTIÇA	21
2.4 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	24
2.5 O ACESSO À JUSTIÇA EM SEU ASPECTO FORMAL	28
2.6 O ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	31
2.7 O ACESSO À JUSTIÇA E A SEGURANÇA JURÍDICA	34
2.8 O ASPECTO SUBJETIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA: O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	39
2.9 A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL, O ACESSO À JUSTIÇA, A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A SEGURANÇA JURÍDICA: A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS	44
2.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
3 O CASO JULGADO PENAL E A REVISÃO CRIMINAL	48
3.1 GENERALIDADES	48
3.2 O CASO JULGADO PENAL	49
3.3 CASO JULGADO PENAL FORMAL E MATERIAL	55
3.4 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO CASO JULGADO PENAL	58
3.5 PROLEGÔMENOS DA REVISÃO CRIMINAL	62
3.6 CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL	66
3.7 REVISÃO CRIMINAL <i>PRO SOCIETATE</i> E <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>	69
3.8 REVISÃO CRIMINAL NAS DECISÕES DO JÚRI E DO JECRIM	72
3.9 A REVISÃO CRIMINAL E A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS – O NECESSÁRIO ESTUDO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS	75
3.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS	80

4.1 GENERALIDADES	80
4.2 A TRADIÇÃO JURÍDICA DO <i>COMMON LAW</i>	80
4.3 NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL	87
4.4 O PRECEDENTE JUDICIAL NA DIMENSÃO DA IGUALDADE	92
4.5 O PRECEDENTE JUDICIAL NA DIMENSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	97
4.6 A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES	101
4.7 O <i>STARE DECISIS</i>	105
4.8 O CONCEITO DE <i>RATIO DECIDENDI</i>	110
4.9 O CONCEITO DE <i>OBITER DICTUM</i>	114
4.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
5 TÉCNICAS UTILIZADAS NA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES	119
5.1 GENERALIDADES	119
5.2 APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE	121
5.3 <i>DISTINGUISHING</i>	127
5.4 <i>SIGNALING</i>	133
5.5 <i>TRANSFORMATION</i>	137
5.6 <i>OVERRULING</i>	140
5.7 UM TRISTE CASO DE <i>OVERRULING</i> NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIMITAÇÃO DO USO DO <i>HABEAS CORPUS</i> PELO STF	146
5.8 <i>OVERRIDING</i>	150
5.9 EFEITO TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES	153
5.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
6 O <i>RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS</i> COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL	160
6.1 GENERALIDADES	160
6.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA	160
6.3 A NORMA JURÍDICA	164
6.4 A RELAÇÃO ENTRE A NORMA EXTRAÍDA DA LEI E A <i>RATIO DECIDENDI</i>	166

6.5 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL	168
6.6 AMPLIANDO O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA	173
6.7 UMA NOVA LEITURA DO ART. 621, I, DO CPP. O <i>OVERRULING</i> COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL	177
6.8 O <i>RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS</i> COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL	183
6.9 UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NOS CASOS DE <i>OVERRULING IN MELLIUS</i>	185
6.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
7 CONCLUSÕES	192
REFERÊNCIAS	200

1 INTRODUÇÃO

A via mais comum de impugnação das decisões judiciais é, sem dúvida, a recursal. Na interposição dos recursos, a parte sucumbente, verdadeira interessada na modificação do julgado, tenta reformar o caso decidido por não se conformar com o resultado do processo ou por uma hipótese de erro judiciário. Ocorre que o recurso somente serve para impugnar decisões dentro do mesmo processo. Para as impugnações de questões que se encontram fora da mesma relação processual, a doutrina admite o uso das ações autônomas de impugnação.

Em matéria criminal, pode-se destacar o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a revisão criminal como as principais ações autônomas de impugnação. O primeiro tem por objeto a tutela do direito de ir, vir e permanecer. Geralmente utilizado em casos de prisões ilegais, o *writ* é uma das mais importantes ações autônomas de impugnação do sistema processual penal no Brasil. O mandado de segurança, por sua vez, serve para tutelar direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, tendo utilização subsidiária. A revisão criminal é a ação autônoma de impugnação por excelência e serve para desconstituir a sentença penal que transitou em julgado, em caso de condenação injusta ou em desconformidade com o direito.

Quando a sentença é justa e reflete o lume da verdade, não há empecilho para o condenado que deverá cumprir sua pena, dentro dos limites da legalidade. O grande problema surge quando a sentença é injusta. Temos, então, dois valores que merecem a proteção do direito e que devem ser protegidos: de um lado, a certeza das decisões judiciais, definida pela coisa julgada; do outro, a justiça.

No conflito entre os dois, o direito priorizou o valor justiça. Em virtude disso, criou a revisão criminal como ação autônoma de impugnação das decisões condenatórias que transitaram em julgado. O condenado injustamente pode valer-se dessa ação autônoma para desconstituir uma decisão injusta ainda que haja o trânsito em julgado.

Ocorre que o legislador definiu previamente critérios restritos aos casos de revisão criminal que não acompanham as alterações e as mudanças da sociedade, mormente as mudanças dos precedentes judiciais.

Vivemos um sistema processual penal arcaico, no qual a lei engessa as hipóteses de revisão criminal restringindo a casos preconcebidos pelo CPP, sem atentar para hipóteses de

overruling, sobretudo quando um entendimento jurisprudencial é superado pelos tribunais superiores.

O sistema judicial brasileiro, baseado no *civil law*, tem fundamento em critérios legais. Diferentemente do *common law*, que tem por base o estudo detalhado dos precedentes judiciais. Contudo, percebeu-se na doutrina brasileira que a lei não é suficiente para prever todas as hipóteses de aplicação do direito e que a interpretação e a aplicação das normas ocorrem de forma diferente em casos idênticos, fato que vem gerando insegurança jurídica.

Baseado no sistema do *civil law*, o legislador definiu, no art. 621 do CPP, as hipóteses de revisão criminal, para casos restritos e previstos expressamente, dentre elas: quando a sentença condenatória for contrária à lei ou à prova colhida nos autos durante a instrução processual; quando a sentença se fundar em depoimentos, exames ou documentos falsos; e quando, após a sentença, surgirem novas provas que demonstrem a inocência do condenado ou circunstância que autorize diminuição de pena.

Não há, na norma processual penal, hipótese de revisão criminal quando da mudança de um precedente. Em algumas hipóteses, entretanto, a perda da congruência social, o surgimento de inconsistência sistêmica e o surgimento de novas tecnologias e costumes tornam o precedente tão obsoleto, que nada mais justifica sua aplicação, sendo necessária sua superação.

Em virtude da ausência de norma específica, muitos condenados injustamente buscavam a via do *habeas corpus* com o objetivo de adequar a nova jurisprudência dos Tribunais aos casos já julgados. Doutrinadores renomados, com o objetivo de proteger a coisa julgada, chegam ao ponto de impedir a utilização da revisão criminal, sob o pífio argumento da ausência de critério legal a embasar tal pedido.

Ora, se a Constituição Federal protege a coisa julgada, de outro modo, garante ao próprio Judiciário a apreciação sobre lesão ou ameaça de direito. E, se essa lesão ou ameaça de direito surgir depois do trânsito em julgado, deverá ser assegurado ao condenado uma maneira de modificar essa situação injusta pela via jurisdicional. Logo, o argumento segundo o qual é impossível o ataque à coisa julgada por ser de índole constitucional não pode prosperar, uma vez que é a própria Constituição Federal que prevê, para os tribunais superiores, a competência para processamento e julgamento da revisão criminal.

Assim, há uma lacuna na legislação processual penal quanto a essa possibilidade, aliás, há um entendimento doutrinário no sentido contrário, pois, via de regra, a revisão criminal só pode

ser apresentada com fundamento nos critérios herméticos previstos no art. 621 do CPP.

Embora a coisa julgada mereça total proteção do ordenamento jurídico, em alguns casos excepcionais, o *overruling* demonstra claramente a superação do entendimento jurisprudencial, figurando uma ofensa à liberdade a manutenção da condenação criminal. Nestes casos, a proteção à coisa julgada não se justifica pela ofensa à liberdade ambulatorial, bem com, em última análise, ao próprio sentimento de Justiça.

Com isso, percebe-se que o art. 621, I, do CPP, nos moldes tradicionais, não tem conseguido acompanhar a velocidade e o aumento dos riscos sociais. O direito processual penal não pode continuar utilizando instrumentos arcaicos para a proteção de bem jurídico tão importante como a liberdade. A pesquisa proposta servirá de fundamento para novos parâmetros que devem atingir o direito processual penal, podendo, assim, ser dotado de algumas armas eficazes para garantir, de forma célere, a liberdade de locomoção daqueles que foram condenados injustamente.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS ESTRUTURANTES: A RELAÇÃO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA, SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

2.1 GENERALIDADES

O amadurecimento da jurisprudência pode ensejar hipóteses de superação do precedente judicial anteriormente definido nos tribunais. Casos penais julgados de forma contrária ao réu podem sofrer alterações jurisprudenciais benéficas ao condenado e, em virtude disso, alterar a situação jurídica anteriormente vivenciada por ele. Isso se torna mais evidente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nestes casos, o condenado, quase sempre, já está cumprindo pena preso. Entretanto, a mudança jurisprudencial pode ensejar uma condição mais benéfica para ele, seja pela incidência de uma hipótese de redução de pena, de uma causa absolutória, seja pela imposição de regime menos rigoroso.

A coisa julgada, corolário da segurança jurídica, deve ser, sem dúvida, um dos fundamentos do ordenamento jurídico. Entretanto, não possui caráter absoluto. A revisão criminal é o instrumento necessário para impugnação de uma sentença condenatória injusta que transitou em julgado. A segurança jurídica, embora seja um princípio constitucional estruturante, pode surgir mesmo em virtude de uma decisão injusta e ser posteriormente modificada pela via adequada de impugnação da coisa julgada.

Logo, a coisa julgada busca na segurança jurídica o fundamento para a imutabilidade das decisões. Ademais, a segurança jurídica relaciona-se diretamente com o princípio da proteção da confiança, pois os jurisdicionados confiam nas decisões judiciais e nos precedentes, passando a pautar suas condutas pessoais de acordo com estes entendimentos.

Por não ser absoluto, o princípio da segurança jurídica pode ceder lugar à mudança da jurisprudência. A segurança jurídica se estiver fundamentada em decisão injusta, deve ser modificada e, só assim, será possível realizar o acesso à justiça, visto em seu conteúdo material.

Em virtude disso, surge a necessidade de uma análise geral destes princípios estruturantes e

suas relações intrínsecas e extrínsecas, vistos sempre como direitos fundamentais.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL

O constitucionalismo dos dias atuais não seria o mesmo sem os direitos fundamentais. As normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, juntamente com aquelas que consagram a organização do Estado e as que estabelecem o sistema econômico, são decisivas para definir o modelo constitucional da sociedade atual. Assim, os direitos fundamentais constituem a principal garantia com que contam os cidadãos em um Estado de Direito de que o sistema jurídico se orientará a respeito da proteção da pessoa humana, seja em sua projeção individual ou coletiva¹.

Em que pese o conceito trazido por Antonio-Enrique Perez Luño, descrito acima, não se pode confundir direitos humanos com direitos fundamentais². Manoel Jorge e Silva Neto nos remete a tal distinção. Para o referido autor, não há identidade entre tais conceitos, pois a designação “direitos fundamentais” é dedicada ao conjunto de direitos específicos do sistema normativo-constitucional, já a designação “direitos humanos” é a terminologia utilizada em tratados e convenções internacionais³ e pode ser entendida como o conjunto de faculdades e

¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2005, p.19-20.

² Sobre o conceito de direitos fundamentais: “A ideia de que o homem conta com um rol de direitos básicos, anterior ao Estado e contra ele exercitáveis, está no centro de todas as versões do constitucionalismo. Ao mesmo tempo, é no catálogo de direitos fundamentais que mais claramente é possível notar a evolução do pensamento constitucionalista. Entre o constitucionalismo liberal e o constitucionalismo social, há uma expansão do catálogo, que passa a reconhecer a fundamentalidade de diversos novos direitos. Entre o constitucionalismo social e o neoconstitucionalismo, nota-se uma preocupação com os instrumentos aptos a garantir a eficácia do catálogo de direitos. [...] Os direitos fundamentais têm legitimado outra fronteira da expansão das constituições, desta feita sobre o direito privado. Muito se tem discutido sobre uma constitucionalização das relações privadas, que está diretamente ligada ao reconhecimento da referida dimensão objetiva dos direitos fundamentais e de uma consequente eficácia horizontal. A projeção de tais direitos nas relações privadas – de forma mediata ou imediata, a depender da explicação teórica que se adote – representa mais um sintoma da mudança qualitativa que se deu no seio do constitucionalismo. [...] Há diversos elementos no conteúdo do chamado direito fundamental ao acesso à justiça que demonstram conexão direta com o princípio constitucional da igualdade. Garantir um amplo acesso individual ao judiciário e mecanismos de representação em ações coletivas significa neutralizar, em certo grau, desigualdades no exercício de direitos. Uma sociedade na qual todos os conflitos de matiz social são levados ao judiciário em ações individuais tende a consolidar injustiças, uma vez que alguns detentores de mais informações e de recursos materiais mais facilmente irão obter respostas que correspondam aos seus pleitos, o que poderá refletir-se em menores condições, por outro lado, de atendimento pelo Estado de necessidades daqueles excluídos do acesso à justiça. Essa é a atual discussão que chegam ao judiciário brasileiro envolvendo o direito fundamental à saúde. (CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES Neto, José Mario Wanderley. (Org). *As dimensões do acesso à justiça*. Bahia: Juspodivm, 2008, p.78-81).

³ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.461.

instituições que, em cada momento histórico, sedimenta as exigências de dignidade, liberdade⁴ e igualdade do homem, reconhecidas no âmbito internacional. Os direitos fundamentais, por sua vez, são aqueles direitos humanos garantidos por um ordenamento jurídico positivo, na maioria dos casos, presentes nos textos constitucionais⁵.

Assim, direito fundamental⁶ é o direito, como tal, considerado pela constituição, a exemplo do direito à vida, à propriedade, à intimidade, à imagem, à honra, à inviolabilidade de domicílio⁷. Na visão de Jorge Miranda, a expressão “direitos fundamentais” tem sido utilizada, nas últimas décadas, para designar direitos das pessoas frente ao Estado⁸.

Segundo Gregório Perces-Barba Martinez⁹, os direitos humanos possuem um sentido mais amplo, englobando hipóteses não previstas pelo direito positivo. Para o referido autor, os direitos fundamentais correspondem a um conjunto de normas de um ordenamento jurídico positivo, fundado na moralidade, na defesa da dignidade humana e nos valores de liberdade e igualdade, que representam as normas materiais básicas desse ordenamento¹⁰.

Para Robert Alexy os direitos fundamentais são elementos essenciais no ordenamento de cada país. O autor assevera que os direitos fundamentais se caracterizam por critérios substanciais e sistemáticos. Na esfera substancial, os direitos fundamentais rompem o quadro nacional, abarcando os direitos do homem, que possuem validade universal; segundo o critério sistemático, os direitos fundamentais existem em toda parte e se repetem em sistemas jurídicos particulares. Daí a necessidade de revelarem-se estruturas dogmáticas, princípios e valores, que podem ser percebidos de forma implícita, por meio dos códigos ou da

⁴ Para José María Asencio Mellado: “A liberdade dos cidadãos, em um regime democrático, é a regra geral e não a exceção. A liberdade faz com que os homens sejam simplesmente homens”. (MELLADO, José María Asencio. *La Libertad de Movimientos como Derecho Fundamental*. Derechos Procesales Fundamentales. Madri: Manuales de Formación Continuada, n. 22, 2004, p.28).

⁵ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2005, p.47.

⁶ Veja a expressão de Jorge Miranda: “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Esta dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atenção das concepções de direitos fundamentais com as ideias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à estrutura e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 2.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1993, p.7).

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.463.

⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*. Lisboa: Apontamentos das aulas. 1999, p.27.

⁹ MARTINEZ, Gregório Perces-Barba. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.323.

¹⁰ *Ibidem*, p. 343.

jurisprudência. Por isso, deve converter-se em uma multiplicidade sistematicamente penetrada que, ao final, descreverá aspectos de uma unidade¹¹.

Os direitos fundamentais são fruto de uma dupla confluência: a) O encontro entre a tradição filosófica humanista, representada pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção reforçada das liberdades próprias do movimento constitucionalista, que resultaram no estado democrático de direito; b) Um ponto de mediação e de síntese entre as exigências de liberdade tradicionais de caráter individual com o sistema de necessidades radicais, de caráter econômico, cultural e coletivo, a cuja satisfação e tutela se dirigem os direitos sociais¹².

Há que se falar, ainda, na distinção entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais. A expressão “*direitos do homem*”¹³ significa o direito natural, não positivado. O termo “*direitos humanos*” corresponde ao direito positivado na esfera internacional e a expressão “direitos fundamentais” deve ser compreendida como o direito reconhecido ou outorgado pelo direito constitucional interno de cada país¹⁴.

José João Abrantes descreve uma concepção liberal de direitos fundamentais. Para o referido

¹¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-56.

¹² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2005, p.43.

¹³ Para Bobbio a expressão é vaga: “A primeira deriva da consideração de que ‘direitos do homem’ é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: ‘Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem’. Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: ‘Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado’. Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: ‘Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização etc. etc’. E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. O acordo é obtido, em geral, quando os polemistas – depois de muitas concessões recíprocas – consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições que são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação. O fundamento de direitos – dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos – e o apelo a esses valores últimos. Mas os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que se faz é assumi-los. O que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento. De resto, os valores últimos são antinômicos: não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo. Para realizá-los, são necessárias concessões de ambas as partes: nessa obra de conciliação, que requer renúncias recíprocas, entram em jogo as preferências pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas. Portanto, permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria de direitos do homem que tenha contornos nítidos. Pergunta-se, então, como é possível pôr o problema do fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa”. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.37-38).

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.30.

autor, essa concepção é jusnaturalista e considera que o homem, pelo simples fato de o ser, possui um conjunto de direitos naturais, competindo ao direito positivo reconhecer e proteger tais direitos, que lhe são anteriores e existem independentemente dele. O Estado não confere esses direitos, reconhece-os. A sociedade não os cria, apenas os declara¹⁵.

Feita essa distinção inicial entre direitos humanos e direitos fundamentais, passemos à análise do seu conteúdo material. Durante a análise a respeito dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, chegou-se a afirmar que tais direitos estavam descritos apenas no art. 5º da nossa Carta Magna. Entretanto, esse conceito, baseado estritamente na esfera topográfica, não prosperou, tendo em vista que existem direitos fundamentais em outros dispositivos constitucionais.

Buscou-se um conceito mais completo de direitos fundamentais, numa análise do seu conteúdo material. Existem direitos que, por seu conteúdo, mesmo não constando expressamente do rol descrito no art. 5º da Constituição Federal, devem ser considerados como direitos fundamentais. Com isso, não se pode considerar o referido rol taxativo, mas sim, meramente exemplificativo. Claro exemplo disso é a necessidade de fundamentação das decisões judiciais que, mesmo constando do art. 93, IX, da Constituição Federal, deve ser considerado um direito fundamental.

Pode-se, dessa forma, fazer distinção entre direitos fundamentais materiais e formais. Para Ferdinand Lassalle¹⁶, a essência da Constituição¹⁷ está alicerçada nas forças reais de poder, ou

¹⁵ ABRANTES, João Abrantes. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.21-22.

¹⁶ Na visão de Ferdinand Lassalle: “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. Nesta conferência eu quis demonstrar, de um modo especial, o valor que representa o exército como fator decisivo e importantíssimo do poder organizado; mas também existem outros valores, como as organizações dos funcionários públicos etc., que podem ser considerados também como forças orgânicas do poder de uma sociedade. Se alguma vez os meus ouvintes ou leitores tiverem que dar seu voto para oferecer ao país uma Constituição, estou certo de que saberão como devem ser feitas estas coisas e que não limitarão a sua intervenção redigindo e assinando uma folha de papel, deixando *incólumes* as forças reais que mandam no país”. (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.40).

¹⁷ Veja ainda o conceito de Otto Bachof sobre Constituição formal e material: “Dentro do conceito de Constituição assim delimitado, importa, porém, distinguir ainda entre a *Constituição escrita* ou Constituição em sentido *formal* e a Constituição em sentido *material*. Nos termos desta distinção, Constituição em sentido *formal* será uma lei formal qualificada essencialmente por meio de características formais – particularidades do processo de formação e da designação, maior dificuldade de alteração – ou também uma pluralidade de tais leis: corresponderá, portanto, ao conteúdo global, muitas vezes mais ou menos acidental, das disposições escritas da Constituição. Por Constituição em sentido *material* entende-se em geral o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do

seja, o conteúdo material da constituição de um povo é, em última análise, a própria realidade social de onde se origina o direito fundamental. As ideias de Lassalle encontram correspondência, resguardadas as devidas proporções, em Peter Häberle¹⁸, quando afirma a necessidade de uma maior participação social na interpretação constitucional. Tal autor assevera que todo aquele que vive a norma constitucional é, também, um de seus intérpretes. Daí a necessidade de uma sociedade aberta aos intérpretes constitucionais.

Konrad Hesse¹⁹, por sua vez, acrescenta ao conteúdo dos direitos fundamentais descritos por Lassalle a importância da força normativa da Constituição. Efetivamente, há grande importância na norma constitucional. Bem é de ver-se que não há entre Lassalle e Hesse total divergência doutrinária, mas complementação de pensamento.

Assim, para Konrad Hesse, a Constituição normativa está diretamente ligada à realidade histórica de um povo. Por isso, a afirmação de Konrad Hesse²⁰, no sentido de que a constituição não configura apenas a expressão de uma dada realidade, mas sim, devido ao seu elemento normativo, deve ordenar a realidade política e social.

Virgílio Afonso da Silva propõe um conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Para o referido autor, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais refere-se a um fenômeno complexo. Esses conteúdos podem ser agrupados da seguinte forma: a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; c) a fundamentação, tanto do que é protegido como de suas

Estado e sobre a posição do cidadão no Estado”. (BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008, p.39).

¹⁸ Na expressão do Autor: “Dessa forma, os Direitos Fundamentais são partes da base de legitimação democrática para interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g, na estruturação do setor econômico público”. (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.37-38).

¹⁹ Veja o que assevera Konrad Hesse: “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo: pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)”. (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.19).

²⁰ HESSE, Konrad. *Op.cit.*, 1991, p. 24.

restrições²¹.

Com isso, pode-se afirmar que o conceito de direitos fundamentais não é assim tão claro e unânime, devendo ser interpretado em suas diversas modalidades. Importante ressaltar que o acesso à justiça e a segurança jurídica são direitos fundamentais, como se verá adiante.

2.3 O VALOR JUSTIÇA

Antes da análise do acesso à justiça como direito fundamental, apresenta-se o conceito de *justiça*. Efetivamente, não é objetivo desta pesquisa trazer um conceito definido, nem esgotar um tema tão amplo e multifacetado, mas sim relacionar o conceito de justiça, se é que se pode conceituá-la, com o princípio do seu acesso.

A expressão “justiça²²” pode ser atribuída a vários objetos, sujeitos e condutas. Muitas vezes as pessoas falam que juízes foram justos ou injustos. Nesses casos, a expressão é utilizada para designar virtude, ou não, de um indivíduo. Pode-se atribuir a expressão “justiça” à conduta de um indivíduo. Com isso, afirma-se que uma conduta foi ou não justa socialmente. Se o indivíduo seguiu a norma em todos os seus termos teve sua conduta definida como justa e socialmente adequada. Se ele violou a norma e, mais grave ainda, se foi uma norma penal, sua conduta transforma-se numa “injustiça social”. Por isso, pode-se afirmar que a justiça é uma qualidade da conduta do homem, vista em seu conteúdo social²³.

Por isso Hans Kelsen afirmou ser a justiça uma qualidade ou atributo que pode ser afirmado

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.24.

²² Clarissa Braga Mendes em dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Brasileiro de Direito Público afirma: “Dentro da própria Filosofia e do Direito, o conceito de Justiça está longe de uma convergência. Sob dois enfoques, a Justiça é estudada no Direito: o legalista, Justiça Formal; e o substancialista, Justiça Material. No que se refere à Justiça Formal, a definição é simples: diz-se justa a ação que se ‘ajusta’ a uma ordem normativa positivada. Nessa perspectiva, a Justiça está ligada diretamente à lei e ao seu cumprimento. É possível notar, desde já, que este ideal de Justiça é bastante compatível com a segurança jurídica. Isso porque, se segurança jurídica, como dito acima, é, aqui, a previsibilidade dos efeitos do Direito, seria necessário apenas ter o conhecimento sobre a lei para prever as consequências de cada ato. O conceito de Justiça Material, ou a ideia substancial do que é Justiça, não é apenas um, conforme antes referido, são vários”. (MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2010, p.19-20).

²³ Esse conceito é trazido por Hans Kelsen: “A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta”. (KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. Trad. João Batista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.4).

de diferentes objetos. Inicialmente, de um indivíduo. Pode-se afirmar que um indivíduo, seja o juiz ou o legislador, foi justo ou injusto. Neste sentido, afirmou Hans Kelsen que a justiça estaria sendo representada como uma virtude dos indivíduos, como uma qualidade moral. A justiça, ainda na visão de Hans Kelsen, pode exteriorizar-se na conduta de um indivíduo em face dos demais, ou seja, na sua conduta social. A conduta social seria justa quando correspondesse a uma norma que prescrevesse essa conduta, quando o indivíduo realiza uma conduta considerada como devida pelos demais indivíduos da sociedade. A justiça de um indivíduo, analisada coletivamente, é a justiça amparada pelos outros, é a justiça da conduta social²⁴.

A justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. Uma conduta é justa ou injusta quando representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, e seria confrontada, na visão de Hans Kelsen, com uma norma de justiça, que estatui um deve-ser. Em outras palavras, o que é avaliado, o que pode ser valioso ou não, ser positivo ou negativo, é a própria realidade²⁵.

Outros concebem a justiça como a principal virtude, a origem de todas as outras, o que acaba por confundir justiça com moralidade. A religiosidade, por exemplo, considera homem justo o sujeito honesto, cumpridor de suas obrigações²⁶. Numa análise histórica, pode-se perceber que muitas revoluções e guerras ocorreram em nome da justiça, defendida pelos detentores do poder e também pelos revolucionários. Todos em nome da justiça, em verdade, defendendo interesses próprios²⁷.

Herbert Hart afirma haver certa complexidade na ideia de justiça. Para o referido autor, esse conceito deve ser analisado pelo seguinte preceito: tratar da mesma maneira casos semelhantes, além da análise de critérios para diferenciar quando os casos são semelhantes ou não. Em alguns casos, as semelhanças e as diferenças são evidentes, o que facilita o trabalho do aplicador do direito na busca pela justiça²⁸. Percebe-se que Herbert Hart associa o valor justiça com o princípio da igualdade; para o autor, justiça é tratar desigualmente os desiguais na esfera da desigualdade.

²⁴ KELSEN, Hans. *Op.cit.*, 1998, p.3.

²⁵ *Ibidem*, p 4-5.

²⁶ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.7.

²⁷ Para Chaïm Perelman: “Cada qual defenderá uma concepção da justiça que lhe dá razão e deixa o adversário em má posição”. (PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.8).

²⁸ HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p.174.

Já Arthur Kaufmann entende a justiça como um direito fundamental, que não se separa da ética e da filosofia. Na expressão do autor, a justiça surge, no entendimento filosófico, como a segunda das quatro virtudes cardinais: prudência, justiça, coragem e temperança²⁹.

Não se pode esquecer, ainda, a ideia de justiça enquanto reflexo da equidade. Arthur Kaufmann critica a ideia de justiça como análise apenas do caso concreto. É certo que a norma pode ensejar, ou não, aspectos de equidade. Também se afirma a importância da norma aplicada corretamente no caso concreto. Um deve ser analisado do ponto de vista do legislador; o outro, do ponto de vista do juiz³⁰.

Gustav Radbruch afirma que se pode tentar ver na justiça apenas uma forma do bem moral, e assim é quando se exprime uma qualidade humana, ou seja, uma virtude. Para o autor, a justiça é um estado de consciência orientado objetivamente, algo semelhante com o que se passa com o espírito de veracidade com relação à verdade. Para Gustav Radbruch, interessa a justiça em seu aspecto objetivo, diferente daquele sobre o qual recai o juízo de valor moral. Basta notar que moralmente bom, só o ser humano pode ser, e que o justo, objetivamente analisado, só pode existir entre comportamentos humanos³¹.

Na expressão de José de Oliveira Ascensão, a palavra justiça é equívoca, significando, às vezes, a atividade dos tribunais e de seus órgãos auxiliares. Outras vezes é aplicada como a soma de todas as virtudes ou relacionada à ideia de igualdade³². Se partirmos da ideia de que o processo é um instrumento para a garantia da ordem jurídica e se utilizarmos o termo justiça como sinônimo de adequação, então se conclui que o processo deve garantir a ordem jurídica justa³³.

Como se vê, o conceito de justiça é muito amplo e multifacetado, não podendo ser analisado de maneira limitada ou restrita. Para a presente tese, interessa de forma mais direta, o acesso ao valor justiça e sua análise como um direito fundamental.

²⁹ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p.225.

³⁰ *Ibidem*, p. 237.

³¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6.ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p.87.

³² ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.196.

³³ LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.30.

2.4 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal assegura o acesso à justiça³⁴, dando-lhe tratamento de direito fundamental. Pode até parecer simplista o discurso de que todos devem ter acesso à justiça, se esse conceito for visto apenas como uma forma de acesso ao Poder Judiciário³⁵ ou direito de ação, numa demanda processual. Entretanto, tal princípio deve ser entendido num conceito muito mais amplo. É o art. 5º, inciso XXXV, que assegura o acesso à justiça, incluindo-o no rol dos direitos e garantias fundamentais: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

A inclusão dos direitos fundamentais nos textos das constituições é um fenômeno recente³⁶.

³⁴ Para Michel Villey: “O que quer dizer para nós que o direito busca a justiça? Nada de preciso, que se possa explicitar. Segundo a Doutrina (extremamente representativa) conhecida como neopositivismo, absolutamente nada: o termo justiça não remete a nenhum dado verificável, sendo portanto uma ‘palavra vazia’, que se deve proscrever. Pois a justiça escapa das redes da ciência moderna. Com o desenvolvimento do movimento científico moderno, muitos autores, como Hume ou Marx, denunciaram este conceito obscuro, ideológico, ilusório. Um Kelsen está sendo muito consequente quando, de modo radical, exclui o justo da noção do direito”. (VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Prefácio de François Terré. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.52).

³⁵ “Com efeito, o princípio garante o acesso ao poder judiciário àquele que entender que o seu direito foi lesado ou está ameaçado, proporcionando tutela preventiva ou reparatória não só para direito individual, mas também para direito difuso ou coletivo. [...] A garantia de acesso à justiça não significa apenas a garantia de acesso à apreciação pelo poder judiciário. Sua extensão é bem mais ampla e busca garantir os meios adequados de acesso, a celeridade dos procedimentos, a adequada resposta ao problema trazido a juízo, a efetividade do resultado, mediante instrumentos adequados de execução, e segurança jurídica para as partes, tornando definitivo o resultado final. Ou seja, ela inclui o direito a ingresso, procedimento, cognição (tanto em sentido horizontal, que diz respeito a sua extensão, como vertical, que se refere à sua profundidade), provimento e execução adequados ao direito material buscado em juízo, bem como que todo o processo ocorra de forma célere. A inexistência de resposta adequada para uma determinada situação conflitiva corresponde à negação da obrigação assumida pelo estado quando proibiu a autodefesa e assumiu o monopólio da jurisdição. Com a proibição da autotutela, assumiu o estado a responsabilidade pela adequada solução dos conflitos de interesses. Pela extensão do seu conteúdo não pode a garantia de acesso à justiça ser localizada especificamente em um dispositivo constitucional. Em realidade ela se espalha por um conjunto de direitos e garantias constitucionais, regra geral denominados de princípios constitucionais do processo. É no conjunto desses princípios se encontra a garantia do acesso à justiça. Nesse sentido pode mesmo ser visto como um meta princípio constitucional. [...] A garantia constitucional de acesso à justiça manifesta-se formal e materialmente, não somente assegurando a acessibilidade do cidadão ao poder judiciário para buscar tutela reparatória ou preventiva, mas também prezando por um processo justo, capaz de concretizar faticamente o direito pleiteado. A justeza do processo decorre da tutela jurisdicional adequada, que, por sua vez, encontra amparo nas determinações da Constituição Federal”. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SOUZA, Maria Carolina Rosa. A possibilidade de concessão do ofício da tutela antecipada fundada no direito fundamental de acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.223, ano 38, set. 2013, p.173-193).

³⁶ Veja o que assevera Gustavo Amaral: “Os direitos *fundamentais* vão surgindo primeiro para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto, seja em seu próprio exercício, seja em sua relação com os cidadãos e, também, pela humanização do direito penal e processual penal. Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais. Teve-se, daí, a positivação, a generalização e, posteriormente, em especial após a Grande Guerra, a internacionalização dos direitos fundamentais”. (AMARAL, Gustavo. *Direito*,

Pode-se afirmar que sua concretização efetiva remonta ao fim da segunda guerra mundial e que, naquele período, ocorreu verdadeira reviravolta no papel dos direitos fundamentais, que passaram a fazer parte dos pilares do Estado de Direito³⁷.

O referido artigo veda qualquer publicação legislativa que possa impedir o exercício pleno do Judiciário. Nenhuma lei pode exigir que o Poder Judiciário deixe de julgar determinada demanda, que possa representar lesão ou ameaça a direito e, por isso, o acesso à justiça deve ser considerado um direito fundamental.

É claro que o acesso à justiça não se efetiva com o simples fato de “abrir a porta do Poder Judiciário³⁸”, mas sim com a definição concreta da lide, com uma decisão justa e em tempo razoável³⁹. Como visto, os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que representam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontra reconhecido no texto da constituição formal ou que, por seu conteúdo e importância, é admitido e equiparado pela própria constituição aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte⁴⁰.

Assim, o acesso à justiça⁴¹ deve ser entendido como um direito fundamental. Tal expressão

Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.26).

³⁷ MURARI, Marlon Marcelo. *Limites Constitucionais ao Poder de Direção do Empregador e os Direitos Fundamentais do Empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ltr, 2008, p.15.

³⁸ Neste sentido: “Contudo, o acesso à justiça, tal como é tradicionalmente conhecido, não deve ser entendido como garantia de exercício de ação ou, possibilidade de ingresso em juízo, mas como garantia de recebimento da tutela jurisdicional de forma célere e justa, pois, a justiça não é o processo, e sim a prestação jurisdicional. Se assim não o fosse, deveríamos nos referir a este princípio como ‘Acesso ao Judiciário’, que, embora não seja oposto àquele, também não pode ser considerado sinônimo seu. O acesso ao Judiciário é apenas o primeiro passo ao acesso à justiça, que requer ainda: um rito processual célere – respeitando-se o devido processo legal, e principalmente, decisões justas e úteis (tudo aquilo e precisamente aquilo que é pedido)” (STRADA, Elisângela. Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. *Espaço Jurídico*. São Miguel do Oeste, v.5, n.9/10, jan./dez. 2004, p.158-163).

³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. Leituras Complementares de Processo Civil*. 6. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p.237.

⁴⁰ CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p.573.

⁴¹ Sobre a expressão acesso à justiça, vale a doutrina de Denise Maria Rodríguez Moraes: “Ao se propor uma discussão acerca do alcance da expressão acesso à justiça, em um primeiro momento, inevitavelmente passaremos pelo discurso de que já não basta garantir ao cidadão o acesso aos órgãos jurisdicionais, sendo imprescindível assegurar-lhe não apenas o direito de petição e o acesso a um advogado, como, também, a paridade de armas com as outras partes durante todo trâmite processual. Em um segundo momento, chegamos à conclusão, já há muito sustentada pela doutrina, de que para haver um real acesso à justiça, a tutela jurisdicional deve ser concedida em tempo razoável, de modo que a utilidade da reparação do direito lesado ou ameaçado de lesão não pereça no tempo. [...] Ademais, já não basta, para se garantir o acesso igualitário ao processo, que o cidadão economicamente desfavorecido esteja acompanhado de advogado qualificado e que o juízo assegure a paridade de oportunidades e armas às partes integrantes da causa, sendo necessário, de acordo com a doutrina mais moderna, que a demandas idênticas seja, também, atribuído o mesmo resultado. Não é mais admissível, nesta perspectiva, que os juízes de primeiro grau integrantes de um mesmo tribunal, decidam casos idênticos de forma distinta quando o tribunal a que estejam vinculados já tiver apreciado a questão, firmando a utilização de

pode ser usada levando-se em conta que os direitos fundamentais são elementos fulcrais do ordenamento jurídico nacional⁴². Admite-se, ainda, o acesso à justiça como um direito natural da pessoa humana, por ser universal, perpétuo, imutável e inviolável⁴³.

Vê-se que tal dispositivo constitucional impede a jurisdição⁴⁴ condicionada, não havendo mais necessidade do esgotamento da esfera administrativa para ingresso na via judicial. Dessa forma, nenhum ato de autoridade poderá impedir a apreciação pelo Judiciário de qualquer questão que lhe for submetida, seja em seu conteúdo preventivo ou repressivo (ameaça ou efetiva lesão).

Para Teori Albino Zavascki o direito à efetividade da jurisdição, denominada de acesso à justiça, consiste no direito de provocar a atuação do Estado, no sentido de obter, em prazo razoável, não apenas uma decisão justa, mas também uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos⁴⁵.

Entretanto, apenas o critério legal não basta para dar efetividade ao acesso à justiça⁴⁶. Tal princípio não pode ser considerado como mero acesso ao Poder Judiciário, que autoriza a quem tem o *jus postulandi* a formular uma demanda que deverá ser apreciada por um magistrado⁴⁷. O acesso à justiça⁴⁸ significa e deve significar, não apenas o acesso aos

uma ou outra tese jurídica. O postulado da igualdade não pode estar restrito às fases postulatórias e instrutória, sendo imprescindível que alcance, também, a fase decisória”. (MORAES, Denise Maria Rodríguez. A uniformização da jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à justiça: uma proposta do projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.220, ano 38, jun/2013, p.239-268).

⁴² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55.

⁴³ BEZERRA, Paulo César Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007, p.148.

⁴⁴ Para Riccardo Guastini, a aplicação e a criação do Direito não se distinguem, posto que todo ato jurídico realiza os dois concomitantemente. Disto decorre que os atos normativos aplicam uma norma hierarquicamente superior e criam uma hierarquicamente inferior. Nesse contexto, a jurisdição é aplicação de normas gerais – legislativas – e criação de normas individuais – jurisprudenciais. Destarte, a jurisdição, que elabora norma individuais, é criação de direito, já que o mesmo abarca normas gerais e individuais. (GUASTINI, Riccardo. Trad. Edson Bini. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2005, p.217).

⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo* (REPRO), n.82, ano 21, abril-junho de 1996, p.59.

⁴⁶Veja o que assevera Alf Ross sobre a ideia de justiça: “[...] a ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é a aplicação de uma regra geral. A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade”. (ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p.326).

⁴⁷“O acesso à justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo (ou ao Poder Judiciário), mas esse fenômeno não se resume a isso, como se irá demonstrar. De fato, o direito, dentre outras divisões e classificações que comporta, reparte-se em direito material e direito processual”. (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Op.cit.*, 2007, p. 131).

⁴⁸ Ada Pellegrini Grinover destaca ainda: “Lembrando exatamente o enfoque de Cappelletti, com relação ao acesso à Justiça, eu também destacaria, neste acesso, duas facetas: um programa de reformas e um método de pensamento. Como método de pensamento, o acesso à Justiça leva a uma inversão do enfoque do problema, que

tribunais, mas o acesso a um processo justo, o acesso ao devido processo legal, pois dele depende a viabilização dos demais direitos⁴⁹.

Por isso, o acesso à justiça não deve ser analisado como mera postulação a um magistrado, nem como mero acesso ao Judiciário⁵⁰. Não deve ser considerado como mera “porta de entrada”. Deve ir além do seu conteúdo meramente literal. O processo deve ser garantista, resguardando o devido processo legal⁵¹.

A garantia de acesso à Justiça não significa apenas a garantia de acesso e apreciação pelo Poder Judiciário⁵². Sua extensão deve ser mais ampla e buscar garantir os meios adequados de

há de ser visto agora do ponto de vista do ‘consumidor’ da Justiça, e não do Estado. Isso também conduz a uma abrangente interpretação do §4º do artigo 153 da Constituição, por ele não se assegura apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas se garante o acesso a uma justiça imparcial; a uma justiça igual, contraditória, dialética, cooperatória, que ponha à disposição das partes todos os instrumentos e os meios necessários que lhes possibilitem, concretamente, sustentarem suas razões, produzirem provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz. Como programa de reforma, o verdadeiro acesso à Justiça significa buscar os meios efetivos que façam as partes utilizarem plenamente o Estado na solução dos seus conflitos. E de todos os conflitos, mesmo aqueles que até agora não têm sido levados à Justiça. Faça-se aqui menção, de passagem, aos grandes conflitos metaindividuais, superindividuais do processo ainda parece ineficiente; e, do outro lado, aos pequenos litígios, àquelas causas que, por outras razões, até agora também têm sido retiradas da apreciação do Poder Judiciário” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.244-245).

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p.244.

⁵⁰ Para Canotilho: “Em termos sintéticos, a garantia de acesso aos tribunais significa, fundamentalmente, direito à proteção jurídica através dos tribunais. A indicação do tribunal competente, bem como da forma e do processo, pertence ao legislador (margem de livre regulação do legislador)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p.652).

⁵¹ SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006, p.19.

⁵² “De fato, a proibição da autotutela exigiu que, por outro lado, fosse atribuída a possibilidade de exercício do direito de ação, a ser iniciado diante do prenúncio de uma crise jurídica ou de sua efetiva instalação. Com efeito, o descumprimento do dever prescrito pelas normas jurídicas produz instabilidade social, exigindo a disponibilização de mecanismos capazes de resolver a controvérsia e garantir a observância da norma de direito substancial. Daí a correta compreensão de que o direito fundamental à tutela jurisdicional é direito humano considerado imprescindível no Estado Democrático de Direito. Neste sentido, as transgressões jurídicas demandam a existência de mecanismos eficientes para a solução dos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Nesta linha, o que se verificou é que o conceito de acesso à justiça passou por uma evolução. Se, historicamente, falava-se unicamente em acesso *formal* ao Poder Judiciário, entendendo-se por isso como sinônimo de expressão do acesso à justiça, passando, posteriormente, a preocupação central a gravitar em torno não apenas da equidade de acesso, mas em um processo de resultados. Na atualidade, porém, é possível notar um avanço. Como o propalado escopo social da jurisdição presume que as violações presentes e futuras aos direitos serão tuteladas em perspectiva temporal adequada, a intempestividade indica a presença de disfuncionalidade no âmbito do Poder Judiciário. E se a lentidão costuma ser apontada como indício de ineficiência, a morosidade assume a posição de principal elemento constitutivo de sua crise. Em síntese, a preocupação revelada no início deste ensaio significa, ao fim e ao cabo, que a cláusula do acesso à justiça há de ser compreendida, muito mais do que um direito formal ao Judiciário, mas, antes, o acesso à *ordem jurídica justa*, entendendo-se esta como o direito do cidadão à justiça substancial. Neste sentido, há de se franquear ao cidadão/jurisdicionado o uso de mecanismos de soluções de controvérsias alternativas ao Judiciário e, para os que buscam o Judiciário, permitir-lhes a saída, mediante a obtenção de tutela jurisdicional *adequadamente* prestada, em tempo *razoável*”l. (TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Mônica Bonetti. *O acesso à justiça e seu enquadramento como direito fundamental: contexto atual e evolução*. Encontro Nacional do CONPEDI. Acesso à justiça I.

acesso, a celeridade dos procedimentos, a resposta jurisdicional adequada, a efetividade do resultado, mediante instrumentos de execução e segurança jurídica para as partes, tornando definido o resultado final. Ela inclui o direito a ingresso, procedimento, cognição, provimento e execução adequados ao direito material buscado em juízo, bem como que todo o processo ocorra de forma célere⁵³.

Pode-se afirmar que o direito fundamental de acesso à justiça não é apenas a mera admissão ao processo em seu aspecto formal, mas compreende, para Eduardo Cambi, várias possibilidades: a) ingresso em juízo; b) observância das garantias do devido processo legal; c) a participação dialética na formação do convencimento do juiz; d) adequada e tempestiva análise da causa por um juiz imparcial; e) motivação da decisão judicial; f) instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos⁵⁴.

Por isso, o acesso à justiça deve ser analisado em seu conteúdo concreto. Devemos sair do plano abstrato para tornar efetivo o alcance ao Judiciário. Uma das primeiras atitudes que deveriam ser tomadas passa, literalmente, pela desburocratização dos ritos processuais e, para tanto, deve-se compreender o acesso à justiça em seu conteúdo formal.

2.5 O ACESSO À JUSTIÇA EM SEU ASPECTO FORMAL

Para melhor análise do tema acesso à justiça, deve-se entender esse direito fundamental em seu aspecto formal⁵⁵, ou seja, como reflexo do devido processo legal. O devido processo legal

Organização CONPEDI/UNINOVE; coordenadores: Monica Bonetti Couto, Maria dos Remédios Fontes Silva, Fernanda Tartuce. Florianópolis : FUNJAB, 2013, p.17-18).

⁵³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SOUZA, Maria Carolina Rosa de. A possibilidade da concessão de ofício da tutela antecipada no direito fundamental de acesso à justiça. *Revista de Processo (REPRO)*, n.223, ano 38, setembro de 2013.

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Leituras Complementares de Processo Civil*. 6.ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p.157.

⁵⁵ Sobre o tema: “Decorrente dos estudos de Cappelletti e Garth, pode-se apreender que o conceito de acesso à Justiça vem sofrendo transformações com o decorrer do tempo. Nos primórdios, era possível uma identificação com o próprio direito de ação, ou direito de defesa, já que se cuidava da mera possibilidade de se estar em juízo, de promover a demanda ou dela se defender. Não havia a preocupação com os eventuais obstáculos que poderiam excluir da oferta de tutela jurisdicional razoável parcela da sociedade, tendo em vista a noção de igualdade formal então prevalecente, possibilitando a todos, de forma igual, a provocação do órgão jurisdicional; não havendo, ainda, qualquer atenção à qualidade da prestação fornecida pelo Estado. Contudo, a preocupação com a real fruição dos direitos - não apenas sob o enfoque formal – levou à redefinição do direito do acesso à Justiça, cujo conteúdo superou a mera possibilidade de estar em juízo, acrescentando-se outros importantes aspectos, orientados à garantia de uma resposta efetiva. O Estado com o dever de apresentar resultado útil ao conflito posto em juízo, através de meios adequados e eficazes, permeados sempre pela efetividade. Nesse

está descrito expressamente na nossa Carta Magna, no art. 5º, inciso LIV, quando garante a indisponibilidade de bens e da liberdade, sem um processo efetivo. Esse princípio revela uma dupla proteção ao indivíduo, atuando no campo do direito material e do direito formal, quando assegura paridade de condições e a ampla defesa⁵⁶.

O devido processo legal é um princípio irradiante. Por essa razão, dele derivam muitos outros princípios, o que permite maior amplitude, além de ser considerado como cláusula aberta da Constituição. Dessa forma, não há como falar de devido processo em direito se não se atende aos princípios⁵⁷ do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da motivação, produção de provas por meios lícitos, celeridade e duração razoável do processo⁵⁸.

Em verdade, qualquer modo de acesso à justiça é realizado por meio de determinado instrumento, ou por meio de um procedimento adequado. Como a lei penal define o delito de exercício arbitrário das próprias razões, vê-se que, na sistemática jurídica atual, é vedada a autotutela penal, como forma de resolução dos conflitos sociais, salvo os casos previstos no próprio ordenamento jurídico. Logo, não há outro caminho a ser seguido por aquele que teve um bem jurídico violado, senão o direito de ação, exercido mediante o processo penal.

Na medida em que o Estado recolhe das mãos da vítima o direito de realizar “justiça com as

contexto, demonstrado está que quando se remete a acesso à Justiça, não se deveria visar apenas o acesso formal das pessoas aos órgãos jurisdicionais, mas também o acesso real, com a proteção efetiva e concreta dos seus direitos e interesses. Vale lembrar que no Brasil, a partir de 1988, com a Constituição Federal, passou-se a assegurar, expressamente - através do Princípio da Inafastabilidade ou Princípio do Direito de Ação -, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), garantindo a apreciação pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XXXV”. (MASCARENHAS, Fabiana Alves; YACOB, Giselle Picorelli. Acesso à justiça e efetividade na tutela dos direitos: Um olhar para além das reformas. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.145).

⁵⁶ PROCHNOW JÚNIOR, Jenz. Da natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada e sua repercussão no aspecto endoprocessual. *Revista Jurídica da Unirondon*. Cuiabá, n. 2, jul./dez. 2001, p.123.

⁵⁷ Veja o conceito de princípio de Virgílio Afonso da Silva: “Princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. (SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.27). Por fim, a distinção entre regra e princípio trazida por Humberto Ávila: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.78).

⁵⁸ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006, p.117.

próprias mãos”, somente lhe cabe o direito de ação, que nada mais é do que o direito de pedir ao Estado que exerça sua função jurisdicional, transformando a norma penal abstrata em efetiva aplicação da sanção penal no caso concreto. O processo é o meio adequado para alcançar o acesso à justiça, daí a necessidade de considerar-se o devido processo legal como direito fundamental.

Com isso, afirma-se a existência de direitos fundamentais a um procedimento, como, por exemplo, os direitos de acesso aos tribunais, o direito de *habeas corpus*, o direito de audiência prévia, ou seja, nesses casos, estamos diante de verdadeiros direitos fundamentais procedimentais⁵⁹.

A ideia de procedimento está intrinsecamente ligada ao direito fundamental, tendo em vista que o direito ao procedimento adequado não é apenas um instrumento meramente funcional, mas sim uma dimensão do próprio direito fundamental⁶⁰. De outra forma, percebe-se que existem direitos fundamentais efetivados somente no curso de um procedimento. Um exemplo clássico dessa assertiva é o direito à autodefesa, exercido, comumente, durante o interrogatório do réu.

Com a reforma do Código de Processo Penal, a autodefesa deverá ser exercida na fase final do procedimento ordinário, festejando o princípio da ampla defesa. Com isso, vê-se que o direito à ampla defesa é efetivado durante o curso de um processo e não somente na fase inicial. Esses direitos fundamentais carecem de efetivação. Como nem sempre tal efetivação ocorre, faz-se necessária a previsão de direitos fundamentais processuais, como mecanismo de efetivação concreta dos direitos fundamentais substanciais⁶¹.

Por isso, qualquer direito material exige um direito processual para ser efetivado. Reconhecer um direito material constitucional implica reconhecer um direito subjetivo ao processo, como modo indispensável de se alcançar a efetividade do conteúdo material fundamental⁶².

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.150.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra, 2008, p.74.

⁶¹ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006, p.68.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1.ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra, 2008, p.78.

2.6 O ACESSO À JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A revolução burguesa preconizou a igualdade nos textos políticos, com o objetivo de derrubar o poder monárquico, além de possibilitar que todos tivessem tratamento isonômico, independente de sua posição social, ainda que em caráter formal. Com isso, nasce o Estado liberal, que tem o princípio da igualdade de todos perante a lei como um de seus mais importantes fundamentos⁶³.

Com o passar do tempo, parece que o ideal de liberdade sobrepôs-se ao de igualdade. Quando a burguesia chegou ao poder e passou a ser a classe dominante, o discurso mudou: “Não somos tão iguais assim”. Esse passou a ser o discurso da classe dominante, que precisava manter-se no poder. Dessa forma, a burguesia manteve-se restrita à defesa da igualdade perante a lei, em detrimento da igualdade material⁶⁴.

Essa distinção entre igualdade material e formal pode ser sentida no conceito trazido por Dirley da Cunha Júnior, ao afirmar que o princípio da igualdade é conceituado como o direito que todos têm de ser tratados igualmente, na medida em que se igualem e, desigualmente, na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica, quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida, tendo em vista que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁶⁵.

Assim, para que se alcance a verdadeira regra da igualdade⁶⁶, pensada em seu conteúdo material, devem-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem⁶⁷. Pode-se afirmar que o direito fundamental, que é o princípio da igualdade, não indica apenas que todos devam ser iguais perante a lei, mas que essa igualdade

⁶³ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.85-86.

⁶⁴ *Ibidem*, p.86.

⁶⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.636.

⁶⁶ Veja o entendimento de Nelson Luiz Pinto: “Ademais, tanto aqueles que estariam encartados numa posição de igualdade, como aqueles encartados numa posição de desigualdade, possuiriam entre si peculiaridades que os tornariam diferentes uns dos outros, motivo pelo qual é pragmaticamente impossível dar-lhes um tratamento igualitário ou diferenciado, sem que, adotando uma ou outra posição, houvesse o risco de se causar prejuízos a uns ou a outros decorrentes de uma injusta discriminação”. (PINTO, Nelson Luiz. A Antecipação da Tutela como Instrumento de Efetividade do Processo e de Isonomia Processual. *Universitária*. Araçatuba, v.1, n.1, dez. 2000, p.224).

⁶⁷ “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem”. (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: JG Editor. 2003, p.46).

deva alcançar a diminuição das desigualdades sociais e econômicas⁶⁸.

Como se vê, a regra da igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais no nível da sua desigualdade. Em havendo desigualdade, tratar igualmente desiguais é ampliar ainda mais esta desigualdade. Por isso, tratar igualmente aqueles que são iguais; e desigualmente os desiguais, é a única forma de ensejar a igualdade em seu conteúdo material.

A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a análise do conteúdo do princípio da igualdade, que exige um tratamento igual em determinados casos e um tratamento desigual, apenas se for justificado por princípios contrapostos⁶⁹.

O princípio da igualdade significa a obrigação de oferecer a cada parte no curso do processo uma oportunidade efetiva de apresentar suas razões em condições que não impliquem desvantagem quando comparadas ao seu adversário⁷⁰.

Para Ana Maria Guerra Martins, o processo equitativo exige que uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à parte contrária. Para isso é necessário que seja dado conhecimento de todas as peças processuais e de todos os meios de prova, bem como a possibilidade de contestar todos os argumentos da parte contrária. Para a autora, os principais elementos de um processo equitativo são os princípios do contraditório e da igualdade de armas, cuja distinção nem sempre é evidente⁷¹.

O processo equitativo pressupõe, ainda, a fundamentação das decisões, com a análise dos fatos e do direito sobre os quais se funda a decisão, para exame dos aspectos do sucesso ou da derrota processual e apreciação destes fundamentos para interpor ou não o recurso cabível ao caso concreto. A fundamentação é um elemento de transparência da justiça, inerente ao ato judicial, dispensando-se, entretanto, uma resposta minuciosa a todos os argumentos⁷².

É na fundamentação que as partes podem ter a convicção de que foram tratadas igualmente, ou, até mesmo, desigualmente. Por isso, cabe ao juiz, fundamentar, minuciosamente, a

⁶⁸ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.87.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.411.

⁷⁰ MARTINS, Ana Maria Guedes. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006, p.170.

⁷¹ *Ibidem*, p.228.

⁷² MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006, p.228.

decisão, para não se configurar vício processual.

Importa analisar o conceito de igualdade de uma forma mais ampla. Desse ponto de vista, a igualdade jurídica não se limita à mera aplicação da lei, mas projeta-se, também, como igualdade fática⁷³. Se levarmos em conta que o princípio do acesso à justiça é um direito fundamental, imprescindível para que esse princípio seja alcançado é a observância da regra da igualdade, ou seja, a busca para que todas as pessoas estejam em condições materiais equânimes durante todo o curso do processo⁷⁴.

Wilson Alves de Souza assevera que o princípio da igualdade⁷⁵ deve se dirigir também ao aplicador do direito, seja na esfera administrativa ou judicial. Por isso, os magistrados devem atuar, não apenas nos casos em que se alegue injustiça, mas deve controlar também a lei, que descreve tratamento diferenciado a pessoas, situações ou coisas⁷⁶.

Jorge Miranda afirma que o sentido da igualdade assenta-se em três pontos: a) Que igualdade não é identidade e, igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) Que igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) Que igualdade não é uma ilha e encontra-se conexa com outros princípios, tem de ser entendida, no plano global dos valores, critérios e opções da constituição material⁷⁷.

O respeito ao princípio da igualdade é medida indispensável ao acesso de todos à Justiça, para não causar tratamento desigual àqueles que merecem igual tratamento ou tratar igualmente os

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.104.

⁷⁴ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p.89.

⁷⁵ Sobre o princípio da igualdade, vale a transcrição: “A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador. Duas pessoas são formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com o mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve. Duas pessoas podem ser iguais ou diferentes segundo o critério da idade: devem ser tratados de modo diferente para votar nalguma eleição, se uma tiver atingido a maioridade não alcançada pela outra; devem ser tratadas igualmente para pagar impostos, porque a concretização dessa finalidade é indiferente à idade. Duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o critério do sexo: devem ser havidas como diferentes para obter licença-maternidade se somente uma delas for do sexo feminino; devem ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo. Do mesmo modo, duas pessoas podem ser compreendidas como iguais ou diferentes segundo o critério da capacidade econômica: devem ser vistas como diferentes para pagar impostos, se uma delas tiver maior capacidade contributiva; são tratadas igualmente para votar e para a obtenção de licença-maternidade, porque a capacidade econômica é neutra relativamente à concretização dessas finalidades”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.93-94).

⁷⁶ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça e a Responsabilidade Civil do Estado por sua Denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Coimbra, 2006, p.88.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais*. Introdução Geral. Apontamentos das aulas. Lisboa, 1999, p.121.

que são desiguais. A proteção ao consumidor ou ao trabalhador, considerados hipossuficientes, é um exemplo disso⁷⁸. Nesses casos, o direito cria normas para tentar minimizar essas diferenças, impondo tratamento desigual para alcançar a verdadeira regra da igualdade.

2.7 O ACESSO À JUSTIÇA E A SEGURANÇA JURÍDICA

O fundamento do princípio da segurança jurídica⁷⁹ surge da própria Constituição Federal quando afirma, em seu preâmbulo, instituir um Estado Democrático destinado a “assegurar” os direitos sociais e individuais, dentre eles a “segurança”. Humberto Ávila afirma que o preâmbulo qualifica a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça e também a “segurança” como valores supremos da sociedade. Para o autor, a expressão segurança enseja a ideia de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do direito. Ressalta também que a Constituição Federal, no Título referente aos “Princípios

⁷⁸ Sobre o tema veja interessante julgado do STJ: “DIREITO PROCESSUAL COLETIVO. ACESSO À JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) AOS SEGUROS E ÀS ATIVIDADES EQUIPARADAS. EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA COMO GARANTIA DE VIABILIZAÇÃO DOS OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. SOCIEDADES DE CAPITALIZAÇÃO. CAPTAÇÃO DE POUPANÇA POPULAR. “TELE SENA”. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ARTS. 3º, § 1º, 6º, VII e VIII, 81, E 82 DO CDC. INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS DISPONÍVEIS. DISTINÇÃO ENTRE RELEVÂNCIA SOCIAL OBJETIVA E RELEVÂNCIA SOCIAL SUBJETIVA. ART. 3º, §§ 1º e 2º, DO DECRETO-LEI Nº 261/67. (REsp nº 347.752/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 08.05.07, DJe 04.11.09).

⁷⁹ Sobre o conceito de segurança jurídica: “Observa-se que a característica da norma jurídica ser bilateral-atributiva resulta no direito de exigibilidade desta norma, segundo afirma Osvaldo Ferreira de Melo. Entretanto para o exercício de tal exigência devem-se prover meios necessários para garantir este direito, conforme o referido autor catarinense. Aliado a esta característica tem-se a diáde “certeza e segurança” de Miguel Reale, afirmando que quanto mais certo o direito mais seguro este também o é. Incorpora-se, neste momento, a segurança e certeza que o Positivismo Jurídico agrega, tomando o devido cuidado de não fazer sobrepor a ordem escrita sobre preceitos de legitimidade e justiça. Nos termos do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, acrescenta-se que decorre da necessidade de segurança jurídica o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Segundo a lição de J. J. Gomes Canotilho a estabilidade e a previsibilidade são idéias nucleares do princípio da segurança jurídica. Aliando a nova interpretação constitucional, desenvolvida nas últimas décadas, é reforçada a idéia de que os princípios constitucionais dão flexibilidade ao direito e realizam a justiça, conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso. Segundo Clèmerson Merlin Clève, o novo paradigma da linguagem – em que o direito somente tem sentido no campo da linguagem – acrescentar à noção de segurança jurídica rigor da argumentação e da motivação. Assim, com o constitucionalismo democrático, a segurança jurídica, na visão de Antonio Enrique Pérez Luño, assume a característica de componente e de promotora de justiça. Portanto não se deve dissociar a justiça da segurança jurídica, unindo-se os dois valores – justiça e segurança. Portanto, colacionando os elementos aqui abordados pode-se conceituar segurança jurídica como a garantia da exigibilidade de direito certo estável e previsível, devidamente justificado e motivado com vistas à realização da justiça”. (CASALI, Guilherme Machado. Sobre o conceito de segurança jurídica. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6280-6281).

Fundamentais”, institui um Estado Democrático, doutrinariamente associado à segurança jurídica e que no Título dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, ela não só o prevê como também estabelece mecanismos para sua efetividade⁸⁰.

Assim, no âmbito da Constituição Federal de 1988, a segurança encontra-se positivada no *caput* do artigo 5º, juntamente com o direito à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade. O desenvolvimento da segurança jurídica, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, abrange ideias como: a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa fé e pela razoabilidade; a existência de instituições estatais sujeitas ao princípio da legalidade e dotadas de poder e garantias; a estabilidade das relações jurídicas manifestada na conservação dos direitos perante uma lei nova, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na durabilidade das normas; a igualdade em lei e perante a lei; e a previsibilidade dos comportamentos que devem ser seguidos e os que devem ser suportados⁸¹.

Para Humberto Ávila, duas razões fundamentam o estudo do tema “segurança jurídica⁸²”: o estado de insegurança, hoje existente, e o modo como a doutrina o analisa. A insegurança jurídica, para ele, alcançou níveis nunca antes alcançados. É comum a utilização de termos como “incerteza”, “indeterminação”, “instabilidade”, “descontinuidade” no ordenamento jurídico nacional. Há uma “chuva de leis” criadas pela enorme gama de relações sociais, e pelo interesse de cada indivíduo que busca resguardar seus direitos nas normas jurídicas,

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.39-40.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.139-140.

⁸² Sobre o tema vale colacionar o entendimento de Livia Pitelli Zamarian e Vidal Serrano Nunes Jr: “A segurança jurídica é fundamental para o Estado Democrático de Direito e deve estar presente em todas as etapas da norma jurídica, em especial no momento da prestação jurisdicional. Seu conceito, todavia, passou por alterações ao longo dos tempos, deixando-se de lado a visão estritamente legalista do Estado Liberal e passando-se a olhá-la também como instrumento de concretização do valor “justiça”. A resignificação da segurança jurídica não dá uma cláusula aberta ao julgador, todavia. A aplicação meramente técnica e legalista de uma norma, em especial a constitucional, ainda é regra e deve o jurisdicionado ter confiança nisso. Mas não se pode ter, também, sua aplicação cega, quando na prática a prestação jurisdicional ferir outra norma constitucional – cujo comando seja suficientemente claro e seguro, e desatender ao ideal de justiça. Após as análises tecidas é possível concluir que a prestação jurisdicional fornecida sob a égide do efeito vinculante, da súmula vinculante, da repercussão geral e da abstrativização dos efeitos do controle difuso, atenta-se à função de segurança jurídica, segundo seu novo conceito. Apesar de um caráter eminentemente racional, por impor a vinculação dos órgãos da administração e do próprio Judiciário e gerar uma jurisprudência mais uniforme, porém mais automática, esta prestação jurisdicional dá abertura também para relativização da previsibilidade absoluta das decisões em prol do “justo” quando necessário concretizar um direito constitucionalmente garantido” (ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JR, Vidal Serrano. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.19, jan./jun. 2012, p.361).

incentivadas pela “sociedade de riscos⁸³”. Por outro lado, a doutrina nem sempre fornece critérios controláveis para eliminar ou diminuir a insegurança jurídica. A linguagem abstrata, com elevado grau de indeterminação dos doutrinadores, dificulta a compreensão do direito⁸⁴.

Efetivamente, vivemos hoje um ambiente inseguro. Não se trata apenas de insegurança quanto à ausência do Estado Policial pela ausência de políticas públicas de combate ao crime de forma efetiva, mas, também, de insegurança no âmbito do direito. Isso se reflete nas relações intersubjetivas, considerando que a insegurança do direito gera, conseqüentemente, insegurança nas relações humanas.

Assim, por segurança jurídica se entende um conjunto de práticas institucionais jurídicas que proporcionam uma previsibilidade nos negócios e atos jurídicos públicos e privados. Tais práticas são baseadas em normas positivas, mas atuadas segundo a orientação política de aplicação dessas normas. Enfim, é a responsabilidade institucional pela qual governo e Estado colocam limites e regras de conduta que reduzem as surpresas e imprevisibilidades danosas aos negócios privados e públicos.⁸⁵

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a segurança jurídica possui duas ideias nucleares: a estabilidade e a previsibilidade. A primeira é a eficácia *ex post* do princípio, vez que as

⁸³ “A sociedade do risco caracteriza-se pela mão de obra mais concentrada na prestação de serviços do que na indústria, por grandes avanços tecnológicos e aplicação de novas tecnologias, como a nanotecnologia na fabricação de produtos, utilização de biocombustíveis, aumento de uso de computadores, internet, aumento da sociedade de consumo, o consumo de massa, a sociedade de massa, problemas e riscos ambientais, além do aumento da desigualdade entre países, em função da produção industrial, produção de riqueza, e do PIB de cada um deles. Os indivíduos se tornaram mais individualistas e mais consumistas, conseqüência de enorme quantidade e variedade de produtos colocados à disposição no mercado. Assim, a sociedade do risco contrasta com a sociedade industrial, e os seus problemas não podem ser tratados da mesma forma como era feito no modelo anterior. Por isso, também pode ser chamada de sociedade pós-industrial. Esse retorno da incerteza e a falta de controle demandam também novas formas de decisão judicial, em que se pese os riscos inerentes em cada tomada de decisão, e em cada caso que demanda uma decisão. Neste contexto, modernização reflexiva significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco, que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial, modelo anterior. Essa sociedade de risco provoca transformações em três áreas: (i) relacionamento da sociedade com os recursos; (ii) relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos por ela mesma; (iii) as fontes de significado coletivas e específicas de grupo estão sofrendo exaustão e desencantamento. A sociedade de risco é também reflexiva no sentido de que a imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento exige a auto-reflexão em relação às suas próprias bases, pois a incerteza está presente novamente no cenário global. O horizonte se obscurece à medida que os riscos crescem... Como todos estão sob a mesma ameaça e o mesmo risco, todos são em parte responsáveis, e devem assim participar das tomadas de decisão, da proposição de alternativas dentro da nova realidade”. (SOARES, Livia Ferreira Maioli; ALMEIDA, Raquel Santos de. As decisões judiciais na sociedade de risco. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p.270).

⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.45-64.

⁸⁵ FONSECA, Paulo Henrique da; GRABOIS, Daniel Aguiar. *Segurança jurídica e democracia para a integração da América Latina*. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p.582-583.

decisões adotadas pelos poderes públicos, na forma e procedimento estabelecidos legalmente, não podem ser modificadas de forma arbitrária. A segunda é a eficácia *ex ante* do princípio, reflexo da exigência de certeza⁸⁶ e calculabilidade dos efeitos jurídicos dos atos normativos perante os cidadãos. A coisa julgada remete à segurança jurídica no âmbito dos atos jurisdicionais, vez que este instituto representa a estabilidade definitiva das decisões judiciais, seja por estar diante de uma coisa julgada formal, que não mais admite recurso ou reapreciação, ou por estar diante de uma coisa julgada material, quando a relação material é decidida definitivamente e em termos irretroatáveis. Falar em segurança jurídica quando se analisa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência é diferente de falar em segurança jurídica na coisa julgada⁸⁷.

A estabilidade nas relações humanas gera no indivíduo a certeza da constância das normas jurídicas e, por isso, ele pode prever e pautar suas condutas futuras com base no sistema jurídico em que vive.

Para João Alberto de Almeida e Thiago Carlos de Souza Brito o Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus pilares fundamentais a segurança jurídica. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança, de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao sujeito estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do Direito e está acima de outros valores. Isso porque não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, numa sociedade onde o caos impera. Desta forma, a segurança jurídica não se configura apenas numa garantia do cidadão frente ao Estado, é um direito fundamental do indivíduo de certeza e estabilidade em sociedade⁸⁸.

A segurança de direitos está centrada na óptica de que existem direitos fundamentais construídos historicamente que se fundamentam na dignidade, valor intrínseco ao ser humano. Sob esta perspectiva, o direito à segurança de direitos remete ao direito ao não retrocesso, direito ao universalismo atemporal de direitos e o direito à preservação de direitos reconhecidos anteriormente pela instituição. Desta forma, a segurança é analisada sob a perspectiva do indivíduo, de um discurso de direitos, e não do Estado, da restrição de

⁸⁶ Sobre a certeza do direito vale a transcrição: “A certeza do direito é uma faculdade, pois pode não se concretizar o direito, o condutor pode não sair pela estrada, sair de dia ou à noite, com sol ou neblina, porém a estrada sempre estará em seu lugar, como as leis estão nos códigos”. (SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996, p.27).

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.264-265.

⁸⁸ ALMEIDA, João Alberto de; BRITO, Thiago Carlos de Souza. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.57, jul./dez, 2010, p. 186-189.

direitos⁸⁹.

Veja-se que nas sociedades modernas, a ideia de segurança relaciona-se intimamente com a ordem; com a organização estatal, referente às funções e abstenções do Estado, bem como os padrões legais que devem ser levados em consideração nas relações sociais. Por isso, torna-se tão intrínseca e essencial ao ordenamento jurídico, estudá-la em suas particularidades. É importante ressaltar que a segurança jurídica não esteve sempre e somente relacionada ao taxativo conhecimento daquilo que é legal/ilegal, ainda que os códigos e as leis dificilmente expressem toda sua abrangência em seus dispositivos. Abrange também a questão da legitimidade e, com ela, valores consagrados pela sociedade. Dessa forma, pode-se encontrar referência à segurança jurídica, ao longo da história e nos diferentes ordenamentos jurídicos, em diversas normas e princípios não relacionados apenas ao princípio da legalidade⁹⁰.

A segurança jurídica deve ser analisada em duas dimensões, a objetiva e a subjetiva, aqui diferenciada pela esfera que cada uma abrange: a primeira trata de fatores externos que afetam o cidadão; a segunda primeiramente protege o sujeito e, conseqüentemente, afeta os fatores externos na intenção de assegurar a referida proteção. Em sua dimensão objetiva, a segurança jurídica trata de limitar a ação estatal que possa vir a ser prejudicial ao cidadão, não se aceitando que haja retroatividade pura e simples dos atos administrativos e mesmo da legislação, resguardando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada contra interferências estatais, enquanto a proteção à confiança é sua dimensão subjetiva. A segurança jurídica em sua dimensão subjetiva dá ao cidadão o direito, oponível ao Estado, de estabilização das relações jurídicas, em nome da proteção à confiança legitimamente depositada pelo administrado⁹¹.

Como visto, a segurança jurídica engloba, em seu aspecto subjetivo, a proteção da confiança. Apesar da confiança que o jurisdicionado tem na constância do sistema jurídico, isso não quer dizer que ele seja imutável; por outro lado, o sistema não pode ser instável, ao ponto de sofrer mudança em seus institutos jurídicos de forma irresponsável.

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.48.

⁹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. *A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais. Teoria e história do direito constitucional*. Organização CONPED/UFF. Coordenadores: Alexandre Walmott Borges, Ilton Noberto R. Filho, Marco Aurélio Marrafon. Florianópolis : FUNJAB, 2012, p.226.

⁹¹ ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições brasileiras e suas dimensões. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p.4578-4590.

2.8 O ASPECTO SUBJETIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA: O PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Como visto, o princípio da segurança jurídica projeta exigências genéricas, como a previsibilidade e calculabilidade da atuação estatal; a clareza e densidade normativa das regras jurídicas; publicidade e transparência dos atos dos poderes públicos. Projeta, ainda, exigências específicas, de observância dos direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de proteção. Tanto as exigências genéricas como as específicas são diferenciadas quando dirigidas ao Estado. A estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos do Estado de Direito e a segurança da ordem jurídica têm como elemento essencial a proteção da confiança relativa à ação dos órgãos do Estado. É essencial a garantia jurídica da possibilidade de calcular e prever as possíveis atuações dos poderes públicos, para que não haja uma violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁹².

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança estão estritamente associados⁹³. Sob uma perspectiva geral, a segurança jurídica relaciona-se com os elementos subjetivos da ordem jurídica, tais como a segurança de orientação, realização do direito e

⁹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004, p.261-263.

⁹³ “Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX. É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público. Entre esses dois pólos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material, pela inserção, em seus quadros normativos, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações. A esse fim servem, modernamente, as disposições constitucionais que marcam o âmbito e disciplinam os processos de revisão e emenda da própria Constituição ou que impõem limites à liberdade de conformação do legislador ordinário. Tais disposições, as mais das vezes, são expressas”. (COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v.27, n.57, 2003, p.38).

garantia de estabilidade jurídica. Por outro lado, a proteção da confiança relaciona-se aos componentes subjetivos da segurança jurídica, como a calculabilidade e previsibilidade das ações dos particulares em relação aos efeitos jurídicos dos atos do poder público. Tanto a segurança jurídica como a proteção da confiança exige a clareza, a racionalidade e a transparência dos atos do poder, de forma que o indivíduo, frente a esses princípios, que são exigíveis perante os atos de qualquer poder, veja garantida sua segurança jurídica. O cidadão tem o direito de poder confiar nas decisões públicas incidentes sobre seus direitos, assim como seus próprios atos baseiam-se em normas jurídicas válidas e vigentes, efeitos jurídicos prescritos no ordenamento jurídico. Pode-se dizer, então, que a segurança jurídica diz respeito aos atos normativos, ou seja, à proibição de normas retroativas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos, como também remete aos atos jurisdicionais no que tange à inalterabilidade do caso julgado e, finalmente, diz respeito aos atos da administração, à tendencial estabilidade dos casos decididos através de atos administrativos constitutivos de direitos⁹⁴.

Neste sentido, a efetivação do princípio da confiança dá-se no momento em que é visto como um desdobramento da segurança jurídica, pois solidifica ideias, como: estabilidade jurídica, orientação adequada, clareza e previsibilidade. Por isso, conclui-se que o termo “confiança” constitui um dos desafios hoje enfrentados pelo Estado democrático de Direito. A confiança é, pois, a expectativa legítima da ativa proteção da personalidade humana, como escopo fundamental do ordenamento⁹⁵.

A estabilidade não significa imutabilidade. É óbvio que os costumes mudam e as relações sociais são alteradas. Entretanto, as mudanças não podem abruptas, e, por isso, a proteção da confiança também exige a clareza e a previsibilidade como ideias centrais ao seu conceito. As mudanças devem existir, mas com previsibilidade.

É também importante discernir o princípio da segurança jurídica do princípio da proteção da confiança⁹⁶. Primeiramente, no âmbito pessoal, o princípio da segurança representa uma

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes . *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

⁹⁵ CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n.46, jul./set. 2009, p.115.

⁹⁶ Sobre o tema, vale destacar a jurisprudência: “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTRATURA DA PARAÍBA. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE A VIGÊNCIA DO CERTAME. NECESSIDADE E INTERESSE DEMONSTRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA LEALDADE E DA BOA-FÉ. COROLÁRIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA. EXPECTATIVA CONVOLADA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Nos termos da compreensão do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça, o direito à nomeação se limita exclusivamente às vagas previstas no edital, não atingindo, como se pretende no

norma objetiva, que não necessariamente está vinculada a um indivíduo específico, enquanto o princípio da proteção da confiança legítima protege o interesse de um particular especificamente. Em segundo lugar, há uma diferença no âmbito normativo, pois o princípio da confiança legítima enfatiza um âmbito microjurídico porque se relaciona com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enquanto o princípio da segurança jurídica foca no âmbito macrojurídico, que remete ao ordenamento jurídico como um todo. Em terceiro lugar, também há diferença no nível de concretização, visto que o princípio da confiança legítima pressupõe um nível concreto de aplicação, e o princípio da segurança jurídica refere-se ao plano abstrato, primordialmente. Em quarto lugar, os princípios diferenciam-se na amplitude subjetiva de proteção, vez que a segurança jurídica é instrumento de proteção de interesses coletivos, enquanto a confiança legítima atua na proteção de interesses individuais. Finalmente, em quinto lugar, há uma diferença quando se fala na protetividade individual, vez que o princípio da confiança somente é utilizado para proteger os interesses dos que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada, enquanto que o princípio da segurança jurídica é neutro diante dos interesses dos particulares, podendo inclusive ser usado no desfavor destes⁹⁷.

No Estado de Direito, a estruturação do relacionamento entre o Estado e os cidadãos, assim como a segurança da ordem jurídica, tem como elemento essencial a proteção da confiança

caso concreto, aquelas que surjam ao longo do prazo de validade do concurso. 2. O próprio Supremo Tribunal Federal, em certas oportunidades, já declarou, porém, que o direito à nomeação se estende também quando fica caracterizado que a Administração Pública, de forma intencional, deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados. 3. A omissão do Tribunal de Justiça da Paraíba em nomear os candidatos aprovados e treinados, mesmo diante da pública e notória carência de magistrados e da existência de vagas, configura o direito líquido e certo à nomeação. 4. Considerando-se que a motivação se limitou exclusivamente à inexistência de vagas, tendo esta caído por terra frente ao acervo probatório dos autos - que demonstrou a atuação de magistrados acumulando mais de uma vara e/ou comarca e a edição de leis à época da vigência do certame criando novas varas, faltando somente a atuação do Estado em efetivar o seu funcionamento -, está configurado o direito líquido e certo dos impetrantes à nomeação. 5. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos (RE n. 598.099/MS, Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, sessão de 10/8/2011). 6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido". (RMS 27.389/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 26/10/2012).

⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.368-369.

dos cidadãos relativamente à ação dos órgãos do Estado. Consistiria numa violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana se não houvesse a possibilidade, juridicamente garantida, de prever e calcular as possíveis atuações dos poderes públicos com reflexos na esfera jurídica do indivíduo⁹⁸.

Nas situações em que o particular não for protegido pelo direito adquirido ou pelo ato jurídico perfeito, o princípio da proteção da confiança atua na defesa dos seus interesses, especialmente quando o particular deposita sua confiança na validade de um ato normativo e, posteriormente, tem sua confiança frustrada pela anulação, revogação ou declaração de invalidade. Para a configuração deste princípio é necessária a existência de uma base de confiança e a respectiva confiança nesta base, o exercício da confiança na base gerada e, finalmente, uma posterior frustração por um ato contraditório do Poder Público⁹⁹.

A confiança legítima não possui amparo de qualquer regra constitucional expressa, ao contrário do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, estes protegidos expressamente pela Constituição. A proteção da confiança, como eficácia reflexiva do princípio da segurança jurídica, em conjunto com os princípios definidores da atuação estatal e com os direitos fundamentais de liberdade e propriedade, não há porque se excluir do rol de direitos e garantias previstos na CF/88 a proteção da confiança. A consequência da ausência de previsão expressa da proteção da confiança é a dependência de uma ponderação concreta com outros princípios que possam colidir, assim como da relação da proteção com os direitos fundamentais de igualdade, liberdade e propriedade. Esta dependência, por sua vez, não ocorre com o ato jurídico perfeito e a coisa julgada¹⁰⁰.

Existem duas dimensões quando se fala da observância do princípio da proteção da confiança¹⁰¹. A primeira traz a noção de que o peso das expectativas que os particulares colocam na continuidade de um determinado quadro legislativo deve ser superado pelo

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.816-817.

⁹⁹ ÁVILA, Humberto. *Op.cit.*, 2012, p.366.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.368-369.

¹⁰¹ Há ainda doutrina que relaciona o princípio da boa-fé e o princípio da proteção da confiança: “Para compreender a magnitude do problema, chamamos a atenção para o fato de que, nos poucos trabalhos sobre o assunto, sem muito esforço, encontramos opiniões que vão desde considerar a confiança como decorrência do princípio da boa-fé, a opiniões de que o princípio da boa-fé é que seria uma decorrência do princípio da confiança, e mesmo a opinião, aqui defendida, de que boa-fé e confiança são princípios da mesma hierarquia. Primeiramente, destaque-se que a discussão não tem impactos somente no plano acadêmico. Ao contrário, pelas discussões em torno da relação entre os princípios da boa-fé, confiança legítima e segurança jurídica, pode-se compreender de que forma cada um dos referidos princípios atua no ordenamento e reflete-se nas relações e situações jurídicas”. (MARTINS, Raphael Manhães. O Princípio da Confiança Legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n.40, jan./mar. 2008, p.15).

interesse público perseguido pelo legislador. E, na ponderação que há que se proceder, deve ser levado em conta tanto a legitimidade, solidez e relevância das expectativas dos cidadãos, como a importância de realização do interesse público almejado pelo legislador. Impende destacar que, em caso de dúvida, a opinião do legislador deve prevalecer, porque há uma margem de conformação que não se pode ignorar, quando se avalia judicialmente o interesse público, e que deve ser reconhecida ao legislador no Estado de direito. Porém, se as expectativas dos particulares estiverem relacionadas com a proteção de direitos fundamentais, essa margem de conformação será substancialmente reduzida. A segunda dimensão refere-se a realização do interesse público que prevalece sobre as expectativas individuais. Não obstante, importa verificar se a afetação observou a proporcionalidade, razoabilidade e aptidão à indispensabilidade, exigências do princípio da proibição do excesso. Haverá a inconstitucionalidade se não for observada a indispensabilidade na afetação das expectativas dos particulares, em decorrência da aplicação simultânea do princípio da proteção da confiança e da proibição do excesso¹⁰².

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proteção da confiança¹⁰³ serve como fundamentação para a limitação de leis retroativas que agridem situações fáticas já consolidadas ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado, já que a ideia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade¹⁰⁴ de uma situação legal atual. Com base no princípio da proteção

¹⁰² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.269.

¹⁰³ Veja a aplicação do princípio da confiança em sede de habeas corpus: “PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESVIRTUAMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. 45,159 G DE CRACK. 41,19 G DE MACONHA. 128,29 G DE COCAÍNA. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. ATIPICIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO NA VIA ELEITA. PENA-BASE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM. PROPORCIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MENORIDADE RELATIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 223.672/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012).

¹⁰⁴ Sobre a estabilidade da jurisprudência, vale destacar: “A mutação das normas jurídicas é inerente à constante evolução da sociedade, diante do caráter cultural e histórico do Direito. A necessidade de adequação das normas jurídicas, na sua interpretação e aplicação, às exigências sociais conduz a mutações no modo de compreendê-las. Assim, a sociedade, o Direito e a compreensão que se tem do Direito estão em constante mutação. Não pode ser desconsiderado, no entanto, que as normas jurídicas e as orientações jurisprudenciais dos tribunais superiores servem de parâmetro para a conduta dos que participam da vida social, criando legítimas expectativas de validade e eficácia dos atos praticados. Esse fato exige que se preserve as situações jurídicas constituídas sob a égide da lei vigente ao tempo de sua constituição ou com base na orientação jurisprudencial então prevalecente. A evolução da sociedade, as mutações legislativas e a alteração no modo de compreender as normas jurídicas não podem ser evitadas, mas devem ter um limite temporal, no sentido de não alcançar fatos pretéritos. O estabelecimento de limites temporais às mutações legislativas jurisprudenciais é uma exigência da segurança jurídica e da proteção da confiança, que constituem postulados básicos do Estado de Direito. Sem segurança jurídica e proteção da confiança gerada pela norma jurídica e pelas orientações jurisprudenciais dos tribunais

da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais, impõe-se uma ponderação entre a agressão (dano) provocada pela lei, restritiva à confiança individual, e o objetivo almejado pelo legislador, para o bem da coletividade¹⁰⁵.

Como se vê, a segurança jurídica, seja em seu aspecto objetivo ou em seu aspecto subjetivo, revestido do princípio da proteção da confiança, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Os jurisdicionados buscam na segurança jurídica critérios para pautar suas atividades cotidianas. Por isso, o ordenamento jurídico deve ser estável e seguro.

2.9 A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL, O ACESSO À JUSTIÇA, A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A SEGURANÇA JURÍDICA: A RELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS

O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado no sistema jurídico nacional. Os jurisdicionados confiam nas decisões do Poder Judiciário, bem como pautam suas atividades com base na jurisprudência dos tribunais. O sistema jurídico deve ser estável. As pessoas confiam nos julgados dos tribunais e, com base neles, pautam suas vidas cotidianas. Por isso, a mudança da jurisprudência deve ser alicerçada em critérios específicos. No Brasil, vivemos um período de jurisprudência flutuante. Não há critérios específicos para a mudança jurisprudencial no Brasil.

Percebe-se que um mesmo tribunal, numa mesma sessão de julgamento, julga processos idênticos de forma diferente. Situações idênticas são julgadas de forma diversa. Tal fato gera insegurança jurídica. Os jurisdicionados que confiaram na jurisprudência de determinado tribunal são surpreendidos com julgamentos diversos, sem que haja um critério específico para tal mudança. A jurisprudência brasileira não é confiável. Aqui o princípio da confiança não é respeitado pelos tribunais. A jurisprudência é levada ao sabor do vento.

Por óbvio, segurança jurídica não significa imutabilidade. O direito evolui. A sociedade passa por mudanças. Entretanto, essas mudanças não podem ocorrer de forma desordenada e sem

superiores a vida social não é possível” (ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A segurança jurídica e a proteção da confiança diante das mutações legislativas e jurisprudenciais. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.50, n.80, jul./dez. 2009, p.61).

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, n.9, Salvador, maio de 2007, p.14-15.

critério, como no sistema jurídico brasileiro. Nestes termos, a mudança jurisprudencial deve ocorrer com base em critérios sólidos e não deve ser a regra do ordenamento jurídico. Um sistema jurídico inseguro ofende expressamente o princípio do acesso à justiça.

Na busca dessa estabilidade, a coisa julgada ganha especial importância, principalmente em matéria criminal. Os processos penais devem ter um fim em tempo razoável. Os réus devem ser julgados pelo juiz natural e competente. Ninguém pode figurar eternamente na condição de réu. Essa estabilidade se relaciona diretamente com o anseio da segurança jurídica. A coisa julgada enseja o anseio da segurança. Um sistema seguro é aquele que põe fim ao processo, com o julgamento do caso penal de forma justa, adequada e célere, para não ser encarado como ofensa ao acesso à justiça.

Assim, a coisa julgada está diretamente relacionada à segurança jurídica. Pode-se afirmar até que a coisa julgada serve para trazer segurança jurídica ao sistema, visto que o caso penal deve ter fim. A acusação, seja ela particular ou pública, deve ser julgada, e o acusado é quem mais precisa dessa resposta. A sociedade também clama pela resposta penal mas, sem dúvida, é o acusado o principal interessado em saber como será o seu futuro.

O Estado deve dizer o direito no caso concreto, pondo fim ao processo em julgamento justo e sem violações constitucionais, pois o tempo também é um fator de insegurança. Hoje em dia, pode-se afirmar que a preocupação com a morosidade processual é superior à inquietude por uma possível justiça carente de qualidade. Talvez isso ocorra porque a análise da qualidade da prestação jurisdicional exige um estudo mais complexo, enquanto que a análise da morosidade processual exige um critério mais objetivo¹⁰⁶.

Decorre disso, a necessidade de se analisar o direito fundamental a um processo sem dilações indevidas e como isso pode determinar a impossibilidade de acesso à justiça. Por dilações indevidas, entende-se um conceito jurídico indeterminado que não se identifica somente com o mero transcurso do tempo dos prazos processuais. Tal conceito exige a análise do conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico¹⁰⁷.

A duração do processo pode estar relacionada com a complexidade da causa ou com a conduta pessoal das partes, que geram demoras desnecessárias, carentes de uma finalidade

¹⁰⁶ QUIRÓS, Joaquín García Bernaldo de. *El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Derechos procesales fundamentales*. Madri: Manuales de formación continuada, n.22, 2004, p.414.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.416.

defensiva plausível. Dessa forma, surgem no processo o que Zapater chamou de tempos mortos, ou seja, períodos de tempo gastos sem efetividade para o processo¹⁰⁸.

Não é uma celeridade a qualquer custo e de qualquer forma¹⁰⁹. A celeridade no processo penal deve ser garantista, um verdadeiro equilíbrio entre os direitos fundamentais e a morosidade que acaba por ser verdadeira hipótese de negação da tutela jurisdicional¹¹⁰.

O julgamento das causas penais, de forma célere, nem sempre reflete o valor justiça. A questão do julgamento justo exige a análise de questões extratemporais. Para que haja um julgamento justo, o magistrado deve analisar o processo em seu aspecto formal e substancial. Para essa análise minuciosa, o tempo, muitas vezes, é necessário. A instrução processual pode demorar, e essa demora é necessária para a conclusão justa do processo criminal. Entretanto, a demora exagerada na conclusão do caso penal é uma flagrante ofensa ao acesso à justiça. Essa ofensa, em sede de ação penal, é muito mais grave do que no processo civil. Não pela natureza dos bens jurídicos envolvidos, mas pelo resultado que pode advir: a sentença penal imporá ao condenado sanções mais graves, inclusive com a possibilidade clara de privação da sua liberdade.

Não se pode buscar uma celeridade a qualquer custo. Qualquer forma de violação aos direitos fundamentais do réu é arbítrio e autoritarismo, inadmissíveis no processo penal. Por isso, a necessidade de um cuidado maior com o tempo no processo penal. Conclui-se que o equilíbrio entre a dilação indevida e a celeridade antigarantista precisa ser garantido. Em ambos os casos, qualquer excesso representa uma ofensa flagrante ao princípio do acesso à justiça.

¹⁰⁸ ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *La noción de un proceso penal con todas las garantías. Derechos procesales fundamentales*. Madri: Manuales de formación continuada, n.22, 2004, p.509.

¹⁰⁹ Para CANOTILHO: “Note-se que a exigência de um direito sem dilatações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente justiça acelerada. A aceleração da proteção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazo de recurso, supressão de instâncias). Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes – de especial importância do direito penal mas extensiva a outros domínios- é condição indispensável de uma proteção jurídica adequada (exemplo: prazos em casos de habeas corpus, apreciação da prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p.652-653).

¹¹⁰ Veja a expressão de AURY LOPES JR: “Já advertimos do grave problema que constitui o atropelo das garantias fundamentais pelas equivocadas políticas de aceleração do tempo do direito. Agora, interessa-nos o difícil equilíbrio entre os dois extremos: de um lado, o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da (tutela da) justiça e agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal”. (LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v.I. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p.144).

2.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que o processo deve ter um fim. Deve ser julgado de forma justa e em tempo razoável. Sem celeridade antigarantista. O processo penal deve alcançar a coisa julgada, só assim se atinge a segurança jurídica e o acesso à justiça em seu conteúdo material.

Uma sentença condenatória injusta, ao invés de ensejar o anseio de segurança jurídica, gera insegurança e o sentimento de que o Judiciário não se coaduna com o valor justiça. Em virtude disso, surge a importância do estudo da coisa julgada penal e da revisão criminal, como instrumentos de efetivação do valor justiça.

3 CASO JULGADO PENAL E A REVISÃO CRIMINAL

3.1 GENERALIDADES

No direito penal defende-se a existência de uma teoria do bem jurídico. Para os penalistas em geral, o legislador, de acordo com critérios de política criminal, seleciona alguns bens da vida e passa a dar a estes bens a proteção jurídica, mais especificamente, a proteção penal. O bem jurídico passa a ser chamado de bem jurídico-penal. Assim, por critérios culturais e políticos de determinada sociedade, o legislador passa a escolher alguns bens da vida, criando condutas delitivas.

Podemos tomar como exemplo a integridade física, a vida, o patrimônio, a propriedade industrial e a liberdade sexual. Na seleção destes bens jurídicos, o legislador passa a criar tipos penais como: lesão corporal, furto, homicídio e estupro. Em virtude disso, diz-se que o direito penal é seletivo e fragmentário, pois seleciona parte de um universo, visto ser impossível selecionar todos os bens da vida.

É importante ressaltar que, a depender dos critérios de política criminal, pode-se selecionar bens jurídicos distintos em culturas diferentes, como ocorre com o uso de drogas que no Brasil é considerado crime, enquanto na Holanda é uma conduta atípica. Logo, a depender da cultura de cada povo e de seus critérios de política criminal, pode-se criminalizar ou descriminalizar condutas.

Veja-se que o delito previsto no art. 121 do Código Penal prevê: “Matar alguém. Pena: 06 a 20 anos de reclusão”. A regra contida neste artigo é: Se um sujeito matar alguém, receberá a pena que varia de 06 a 20 anos de reclusão. O sujeito ativo tem então duas opções: matar ou não matar. Dois caminhos se abrem para a conduta humana diante de seu livre-arbítrio.

O ser humano é levado a determinadas condutas por duas hipóteses: premiações ou sanções. O direito penal, em poucos momentos descreve premiações. Um exemplo a ser lembrado é o instituto da delação premiada. Entretanto, o direito penal é eminentemente sancionador. A regra não é o estímulo à premiação, mas sim a sanção como consequência e a mais vil de todas: a pena privativa de liberdade. Logo, se o sujeito cumpre a regra estatal, tudo vai bem e nenhuma consequência advirá da sua conduta, mas, se ele descumprir a regra de conduta

contida na norma penal, ele comete um crime, sendo responsabilizado por isso.

O Estado, agora atingido pelo crime, passa a movimentar suas “engrenagens enferrujadas” no combate ao crime, surgindo, neste instante, o *jus puniendi*. Passa então a instaurar o inquérito policial na sua *persecutio criminis*. O Estado vai “perseguir” o criminoso até concretizar a sanção abstratamente prevista no tipo penal. Para isso, precisa do instrumento que é o processo criminal.

Surge, desse modo, o processo penal como um instrumento de efetivação do direito penal, ou seja, como uma ferramenta para torná-lo concreto e efetivo, mas não apenas isso, também como instituto de garantia do acusado contra os arbítrios do Estado. O processo se inicia com o recebimento da inicial, seja ela de iniciativa pública ou privada, e deve seguir, em tempo razoável, até a sentença. Durante o decorrer da discussão do caso penal, deseja o magistrado, com o anseio constitucional da segurança jurídica, julgar o processo, de forma imparcial, dando àquela decisão a condição de “coisa julgada.

Contudo, se a imutabilidade das decisões jurisdicionais concretiza o anseio da segurança jurídica, não podemos dizer que tal certeza sempre estará realizando o valor justiça, ou seja, a decisão, embora reflita a certeza da coisa julgada, pode não ser justa.

Estamos, então, diante de um impasse. De um lado, a importância da coisa julgada, da imutabilidade das decisões jurisdicionais no julgamento dos conflitos sociais e da certeza da segurança jurídica; e, de outro, a proteção essencial principiológica do valor da justiça. No encontro de tais valores no processo penal, deve, sem dúvida, prevalecer o valor justiça.

3.2 O CASO JULGADO PENAL

O caso julgado penal¹¹¹ está diretamente relacionado à segurança jurídica¹¹². O Estado

¹¹¹ Sobre o “caso julgado penal” ou “coisa julgada penal” que aqui são utilizados como sinônimos: “HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. 3. Como o writ foi

Democrático de Direito restou consagrado depois da Constituição Federal de 1988 e a segurança jurídica¹¹³ revela-se como um dos seus pilares, tendo na previsibilidade mínima que o Estado oferece aos indivíduos o respeito à coisa julgada como requisito e elemento basilar desse Estado Democrático de Direito. A segurança jurídica é uma exigência fundamental que visa dar clareza, precisão e estabilidade às relações sociais, políticas e jurídicas; sem este

impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 1º, INCISO II, DA LEI 8.137/1993). PACIENTES ABSOLVIDOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACOLHIMENTO DE PRELIMINAR SUSCITADA PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 160 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Havendo recurso do Ministério Público pendente de julgamento, não importa violação ao enunciado n. 160 da Súmula do Supremo Tribunal Federal o acolhimento, pelo Tribunal de Justiça, de preliminar suscitada no parecer ministerial, para anular o processo em razão da ausência de constituição definitiva do crédito tributário tido por sonegado. 2. A nulidade acolhida pelo Tribunal de origem, longe de prejudicar os acusados, somente os beneficiou, tendo em vista que foi reconhecida a própria atipicidade da conduta que lhes foi atribuída na exordial acusatória. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MÉRITO DA ACUSAÇÃO. ANULAÇÃO DO PROCESSO AB INITIO. IMPROPRIEDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. TRÂNSITO EM JULGADO. NOVA DENÚNCIA. OFENSA À COISA JULGADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento da atipicidade da conduta atribuída aos denunciados não poderia ser remediado de outra forma senão com a determinação de trancamento da ação penal, a exemplo do que o próprio legislador ordinário estabeleceu no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, ao autorizar que o magistrado resolva o mérito da ação penal absolvendo sumariamente o acusado. 2. A simples determinação de anulação da ação penal não é capaz de sanar o referido constrangimento ilegal, tendo em vista que tal situação ensejaria a manutenção da denúncia em estado latente até que eventualmente o fato denunciado se torne típico, circunstância que não se coaduna com a tutela penal em um Estado Democrático de Direito. 3. Como o Tribunal de origem reconheceu a atipicidade da conduta atribuída aos pacientes por decisão contra a qual o Ministério Público não se insurgiu, conclui-se que o oferecimento de nova denúncia pelos mesmos fatos se consubstancia em ofensa à coisa julgada. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal deflagrada contra os pacientes”. (HC 246.417/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014).

¹¹² Sobre o tema: “O Estado Democrático de Direito tem, como um dos seus elementos fundantes a segurança jurídica. E nem poderia ser de outra forma. A própria ideia de Direito se confunde com a necessidade de segurança. Necessidade de dar estabilidade e clareza às relações sociais, de uma maneira que permita ao homem estabelecer ordem na vida social, é um dos escopos primordiais do Direito. Esta necessidade está, inclusive, acima de outros valores também encampados pelo Direito. Isso porque não é possível imaginar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, numa sociedade onde o caos impera. Não que tais valores sejam de menor importância. Muito ao contrário. Na verdade são eles fundamentais. Contudo, eles nada são se em uma determinada sociedade não houver um grau de segurança nas relações humanas sociais”. (ALMEIDA, João Alberto; BRITO, Thiago Carlos de Souza. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.57, jul./dez. 2010, p.187).

¹¹³ Veja ainda: “A coisa julgada material, a formal e as preclusões em geral incluem-se entre os institutos com que o sistema processual busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas. Escuso-me pelo tom didático com que expus certos conceitos elementares referentes a esses institutos; assim fiz, com a intenção de apresentar a base sistemática dos raciocínios que virão, onde porei em destaque e criticarei alguns tradicionais exageros responsáveis por uma exacerbação do valor da coisa julgada e das preclusões, a dano do indispensável equilíbrio com que devem ser tratadas as duas exigências contrastantes do processo. O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da *justiça das decisões judiciais*, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n.55/56, jan/dez 2001, p.31).

requisito não há como viabilizar a paz social. A certeza do direito é o que possibilita aos sujeitos de um ordenamento jurídico saberem previamente tudo o que lhes é permitido ou proibido. Essa certeza concede ao destinatário do direito a possibilidade de organizar a conduta presente, além de programar expectativas para a atuação jurídica futura, tudo ao abrigo de pautas razoáveis de previsibilidade¹¹⁴.

No anseio de resguardar a segurança jurídica, o direito processual penal busca essa certeza. Para alguns autores, até, a verdade real¹¹⁵. Dois sonhos inatingíveis ao processo criminal. O direito é uma reconstrução histórica. A justiça busca na prova a orientação para as decisões judiciais com a reconstrução de um fato que ficou preso no tempo. O juiz passa a ser um reconstrutor do passado, tentando colher na prova evidências para a sua decisão, que não pode

¹¹⁴ MARQUES, Gabriel Lima; HENKELS, Rodrigo. A coisa julgada como pilar do estado democrático de direito. *Revista da ESMESC*, v.15, n.21, 2008, p.378.

¹¹⁵ Para Lenio Luiz Streck: “Não obstante, a doutrina processual-penal é praticamente unânime em afirmar que, em sede de processo penal o juiz não pode se contentar com a verdade formal; ele deve buscar sempre a verdade real, que seria (é?) aquela capaz de recompor os fatos tal como ocorreram. Esse fator é interessante porque, nesse momento, entramos em mais um capítulo do *mix de paradigmas*: se o sistema inquisitivo está assentado no subjetivismo da filosofia da consciência, a verdade real cabe perfeitamente na boca de um essencialista medieval, da filosofia clássica, objetivista. Por certo, a dualidade “verdade formal” vs. “verdade real” nos remete à fórmula carneluttiana para explicar o tipo de “certeza” que deve sustentar uma sentença de natureza civil (verossimilhança, verdade formal) daquela de natureza penal (verdade real). Trata-se, paradoxalmente, de uma tentativa de limitar o assenhramento dos sentidos feito pelo sujeito solipsista através da estatuição de um “princípio” que se fundamenta no paradigma anterior – superado pela subjetividade – que é a metafísica essencialista, clássica (lembramos que o sujeito é uma construção moderna!). Mais além da crítica que pode ser feita à impossibilidade de se falar em “verdade real” (uma vez que articula dois conceitos distintos no nível da filosofia, quais seja, o de verdade e o de realidade), a questão mais originária que se apresenta em jogo aqui é esta: um processo penal inquisitivo convive tanto com um objetivismo quanto com um subjetivismo, e isso tem efeitos deletérios. Seríssimos! A verdade real, num modelo inquisidor do “juiz presidente da instrução”, acaba por ser usado como um álibi teórico que serve para justificar tanto a busca de elementos de “convicção” pelo juiz (a questão do gerenciamento da prova), quanto de argumento performático para motivar uma decisão que padece de coerência e integridade, vale dizer, de uma decisão que possui pouco – ou nenhum – fundamento jurídico. No mais, há que se ter sempre presente que a verdade real é algo que cresce na onda do chamado socialismo processual, que está no *gérmen* do chamado “protagonismo judicial”. Esse tipo de postura tende a relativizar os direitos individuais – cerne das estruturas de garantias de um processo penal – em prol de um interesse maior, no mais das vezes difuso e opaco, que ora recebe o nome de público, ora de social, mas que, em nenhuma dessas modalidades poderia prevalecer na seara de um processo penal acusatório. Não é fácil entender o que a dogmática processual penal pretende dizer com a defesa ou a crítica à verdade real. Por vezes, parece que a verdade real é uma busca ontológica clássica, uma *adequatio intellectum et rei*; em outras passagens, fica-se convencido que a verdade real é o corolário da filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectum*). Observe-se: ao mesmo tempo em que “existe” a verdade real, há também o livre convencimento... Afinal, como compatibilizar essas teses? Ao exame de toda a doutrina processual penal brasileira, não foi possível encontrar uma resposta a esse dilema. Pois: ou há uma verdade real nos fatos (buscar a verdade nas essências das “coisas”/dos fatos e que são verdades irrefutáveis, indiscutíveis e, portanto, não há convencimento – metafísica clássica), ou há um livre convencimento (no qual é possível se deduzir, autônoma e racionalmente o que é verdadeiro ou não – metafísica moderna)”. (STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. n.70, set. 2011-dez 2011, p.220-221).

conter erros¹¹⁶. O juiz, em parte, trabalha como um historiador penal.

Ora, o crime é história, passado e depende da memória de quem o narra. A fantasia, a criação faz com que o narrador preencha espaços em branco na sua memória com as experiências vividas em outros acontecimentos da sua vida. A imaginação pode deformar imagens fornecidas pela percepção. Isso sem considerar a intenção de deturpar¹¹⁷.

Como alcançar a certeza ou a verdade¹¹⁸, conceitos tão amplos e absolutos, diante de um fato passado que ficou no tempo? Nem mesmo nas ciências naturais se pode falar em verdade absoluta. Veja-se que Ilya Prigogine afirmou o fim das certezas. Para o autor, as leis da natureza adquirem um significado novo e não tratam mais das certezas morais, mas sim de possibilidades¹¹⁹.

Entretanto, o direito insiste em buscar certezas e verdades. Isso, sem dúvida, conforme Lenio Luiz Streck,¹²⁰ por falta de uma visão filosófica. Erroneamente, essa busca permanece, e, para

¹¹⁶ Vejamos: “Não é o processo alheio aos erros que ocorrem durante o seu curso. O processo, fruto da experiência humana, é tão falho como seu criador. Por isso, indiferente aos esforços desprendidos no sentido de criar formas para afastar os problemas, sentenças injustas ocorrem e sempre ocorrerão. Assim, utiliza-se de uma ficção jurídica, garantindo que a sentença, após o seu trânsito em julgado, torne-se independente da conformidade ou desconformidade da situação jurídica anterior”. (ALMEIDA, João Alberto; BRITO, Thiago Carlos de Souza. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.57, jul./dez. 2010, p.195).

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p.572-573.

¹¹⁸ Sobre o tema vale destacar: "Argumentando de esta manera, en el ámbito de la concepción legal racional de la justicia a la que se ha hecho referencia al principio, se puede concluir que el proceso debe estar orientado hacia la consecución de una decisión verídica, o sea correspondiente en la mayor medida posible con la realidad de los hechos. En un sentido, entonces, el proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el que se recogen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrariamente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fundada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa. Por lo que hace al segundo aspecto del problema de la verdad procesal, se puede subrayar, sintéticamente, que en el proceso no se trata de establecer verdades absolutas de ningún tipo, sino sólo verdades relativas. Mientras que, por un lado, la definición tarskiana del concepto de verdad vale también en el contexto del proceso, por otro lado hay que destacar que la verdad procesal es esencialmente relativa porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa. A propósito vale también la afirmación según la cual en el proceso se puede considerar verdadero solamente lo que ha sido probado, y en la medida en que las pruebas disponibles ofrecen un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hechos. (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Metropolitana, 2009, p.95-97).

¹¹⁹ “As leis da natureza adquirem então, um significado novo: não tratam mais de certezas, mas sim de possibilidades. Afirmando o devir, e não mais somente o ser. Descrevem um mundo de movimentos irregulares caóticos, um mundo mais próximo do imaginado pelos atomistas antigos do que das órbitas newtonianas”. (PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1996, p.159).

¹²⁰ “Vejamos o estado d’arte: de um lado, os juizes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (*sic*) – como se existissem essências. Trata-se – e peço desculpas por insistir no tema – daquilo que podemos chamar de “objetivismo”, que, a par de estar sustentado na ontologia clássica, aprimorou-se no século XIX por intermédio do positivismo exegetico (sintático), pelo qual o direito estava na lei e o juiz era apenas a boca que

fundamentar a busca dessa certeza, utilizam até mesmo o texto da Constituição Federal. Como se sabe, a coisa julgada está prevista na Constituição Federal (art. no art. 5º, XXXVI), *in verbis*: “A lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Logo, deve ser entendida com *status* constitucional, cabendo a utilização do princípio da proporcionalidade nos casos de colisão de princípios constitucionais e como um direito fundamental¹²¹.

O Código de Processo Civil, por sua vez, no artigo 467, afirma que “denomina-se coisa

pronunciava as palavras da lei. Era como se texto e norma estivessem “colados”. No fundo, esse exegetismo não passa(va) de uma técnica; o direito tem a função de ser uma “mera racionalidade instrumental”. É o que se pode denominar de positivismo primitivo. Mas, veja-se: ao lado e ao mesmo tempo que ainda se fala desse “objetivismo”, não se pode esquecer alguns elementos históricos que forjaram uma antítese a essa velha posição ocupada pelo “juiz boca da lei”. Essa fenomenologia já podia ser vista nas teses que sucederam ao exegetismo francês, ao pandectismo alemão e ao jusjurisprudencialismo analítico (especialmente da Inglaterra), isto é, nas posições anti-estruturais assumidas pela Escola do Direito Livre, pelo Movimento do Direito Livre, pela Jurisprudência dos Interesses, pelo realismo escandinavo e norte-americano e pela jurisprudência dos valores. A razão foi sendo derrotada pela vontade. A partir da viragem kelseniana (anos 60 do século XX), instaurou-se um verdadeiro “incentivo” às teses voluntaristas. No plano do direito constitucional, é possível detectar essa problemática em alguns ramos do neoconstitucionalismo. No âmbito da gestão da prova (condução da prova no processo), o instrumentalismo passou ser a regra. Esse é, pois, o que se pode denominar de “vício de origem” do processualismo brasileiro. É a velha discricionariedade *sustentando o outro inimigo do direito democrático: o positivismo jurídico*, entendido, à evidência, como “positivismo pós-exegético”. Ou seja, instrumentalismo e positivismo passaram a ser duas faces de uma mesma moeda. Ainda, de outro modo: a velha “verdade real” é, de fato, no plano das práticas judiciais, a institucionalização do livre convencimento, que, por sua vez, fulcra-se na discricionariedade positivista. Ou seja, por mais que a dogmática faça um mix entre os paradigmas para “explicar” o “princípio” (*sic*) da verdade real, ele nada tem de essencialista. Sua *holding* está na filosofia da consciência. É disso que o processo penal deveria tratar. O problema é que, como já referi, parece que a filosofia foi abandonada pelo direito, mormente o direito processual penal. (STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. n.70, set. 2011-dez 2011, p.229-230).

¹²¹ Sobre o assento constitucional da coisa julgada: “A coisa julgada material emana da autoridade da segurança jurídica, gerando o mais alto grau de imutabilidade a reforçar a eficácia da sentença que decidiu sobre o mérito ou sobre a ação, justo para impedir, no futuro, qualquer indagação sobre a justiça ou injustiça de seu pronunciamento. O Estado Democrático Direito, hodiernamente tão festejado, sofre com a constante luta travada pelos povos no afã de conquistar a democracia e a pacificação social. A coisa julgada colabora com esse intento, como ficou demonstrado, especialmente porque a sua essência ultrapassa a imutabilidade do comando sentencial: sua função é garantir a previsibilidade mínima dos litigantes. Com efeito, quando o indivíduo busca o Poder Judiciário deve conhecer *a priori*, com clareza e certeza, quais são os seus direitos e de que modo a lei determina que a demanda se processe, evitando assim que o caos jurídico se instale. Isso não quer dizer que o litigante possa antever o resultado da demanda ou do conteúdo da sentença, mas sim, que se garanta ao jurisdicionado a certeza mínima sobre os atos emanados do Estado-juiz. De fato, essa intenção foi o que motivou o legislador constituínte a considerar a coisa julgada como direito fundamental, derivada do princípio da segurança jurídica, pois sabia que o instituto seria capaz de garantir a pacificação de conflitos e a estabilização das relações sociais. A discussão acerca da hierarquia da coisa julgada torna-se, assim, uma discussão bem pertinente, uma vez que o próprio legislador a inseriu no rol dos direitos fundamentais. Outro aspecto que não se pode olvidar é que os preceitos intrínsecos à coisa julgada aplicam-se tanto ao legislador, na questão da irretroatividade das leis, quanto ao aplicador das leis, que não pode desconsiderar o instituto, salvo nas hipóteses previstas em lei (ação rescisória, revisão criminal, art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, art. 16 da Lei nº. 7.347/1985, embargos à execução consoante art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil e ações declaratórias incidentais). Desse modo, é certo que a coisa julgada deve ser tratada com *status* constitucional, cabendo a utilização do princípio da proporcionalidade nos casos de colisão de princípios constitucionais. (MARQUES, Gabriel Lima; HENKELS, Rodrigo. A coisa julgada como pilar do Estado Democrático de Direito. *Revista da ESMESC*, v.15, n.21, 2008, p.378-379).

julgada¹²² material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Quando é proferida uma sentença, abre-se prazo para que as partes interessadas interponham os recursos cabíveis. Entretanto, essa recorribilidade não é irrestrita. Logo, em um determinado momento, a decisão judicial não mais poderá ser atacada, seja porque se esgotaram os recursos previstos no ordenamento jurídico, seja porque se encerrou o prazo para interposição destes. No momento em que se torna irrecorrível a decisão judicial, ocorre seu trânsito em julgado. Surge, assim, a coisa julgada. Tem como finalidade proporcionar maior segurança jurídica às relações firmadas entre as partes, a partir da imutabilidade do pronunciamento jurisdicional definitivo proferido em determinado processo, garantindo aos cidadãos que a decisão final dada sobre sua demanda será definitiva, não podendo ser rediscutida, alterada ou desrespeitada, seja pelas partes, seja pelo próprio Poder Judiciário¹²³.

Veja-se que o legislador tomou posição que a coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso. Ao litígio levado à apreciação do Judiciário foi dada a solução, e essa solução (sentença) não se sujeita mais a reformas. Somente a partir deste momento pode-se falar em coisa julgada. É nesta ocasião que o *decisium* é revestido da *auctoritas res iudicata*. É, por conseguinte, a partir daí que se pode afirmar que a decisão é imutável e indiscutível¹²⁴.

Liebman ensina que a coisa julgada¹²⁵ pode ser definida como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Portanto, a coisa julgada não se identifica com definitividade e intangibilidade do ato, mas, em verdade, é uma qualidade que reveste o ato também em seu

¹²² Sobre o tema: “A coisa julgada é uma ficção constitucional-processual que visa à segurança das relações jurídicas, uma verdadeira exigência de ordem social, política, prática, necessária para dar solução a situações de incerteza, devendo prevalecer uma destas, a fim de que haja certeza nas relações jurídicas” (COSTA, Coqueijo. *Ação Rescisória*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2002, p.54.)

¹²³ FIGUEIREDO, Mariana Corrêa de. Coisa julgada na ação civil pública: abrangência nacional ou limitação territorial? *Arquivo Jurídico*, v.1, n.1, jul/dez 2011, p.73.

¹²⁴ ALMEIDA, João Alberto; BRITO, Thiago Carlos de Souza. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n.57, jul./dez. 2010, p.193.

¹²⁵ Sobre a coisa julgada: “Define-se coisa julgada como a imutabilidade decorrente da sentença de mérito, que impede sua discussão posterior. Trata-se de um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional, pois não produzem coisa julgada os atos dos demais poderes do Estado (Executivo e Legislativo), assim como nem todo ato ou processo jurisdicional (SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de processo civil*. v.1. 6.ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003, p.479). A coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim uma forma de manifestar-se os seus efeitos. Isso porque a eficácia da sentença, enquanto mera virtualidade, não pode ser abarcada pela imutabilidade decorrente da coisa julgada, já que não existe concretamente. Os efeitos é que podem, em tese, ser acobertados pela indiscutibilidade característica da coisa julgada (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.616)”.

conteúdo, tornando imutáveis o ato e os quaisquer efeitos deste¹²⁶.

Assim, o caso julgado penal é a qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento da *res in judicium deducta*, em virtude da qual os efeitos se tornam imutáveis. A sentença, por isso, não mais se sujeita a recursos, transforma a *res judicanda* em *res judicata*, e a vontade da lei, afirmada concretamente no julgado, dá ao imperativo jurídico, ali contido, a força de autoridade, no tocante ao caso penal decidido e solucionado¹²⁷.

Logo, o caso julgado penal é a qualidade dos efeitos do julgamento do caso penal. É a necessidade humana de por fim a algo que se iniciou, no caso, por meio do processo, e findou com a prestação jurisdicional. Efetivamente, o processo deve chegar ao final. Entretanto, o que mais interessa é que o processo seja julgado de forma justa. A decisão precisa tornar-se definitiva, o processo precisa de um fim, passível de gerar insegurança jurídica, mas isto sem injustiças.

3.3 CASO JULGADO PENAL FORMAL E MATERIAL

A doutrina distingue ainda a coisa julgada formal e material¹²⁸. O caso julgado formal diz respeito à imutabilidade da sentença como ato jurídico processual, sendo intocável que por força da preclusão dos recursos já não é mais recorrível. De outro lado, o caso julgado material opera *erga omnes*, afetando todas as pessoas alheias ao processo, tornando a sentença imutável no processo penal em relação ao fato da vida¹²⁹.

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4.ed. Trad. BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo. Atualizadora: GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.51.

¹²⁷ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, 2009, p.57.

¹²⁸ Segundo entendimento de Luiz Guilherme Marinoni: A coisa julgada formal é *endoprocessual*, e se vincula à impossibilidade de rediscutir o tema decidido dentro da relação jurídica processual em que a sentença foi prolatada. Já a coisa julgada material é *extraprocessual*, ou seja, seus efeitos repercutem fora do processo. Nesse sentido, define o art. 467 do CPC coisa julgada material como *a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*. Já a coisa julgada formal, ou seja, a impossibilidade de rediscutir a matéria decidida dentro da mesma relação processual, conduz, inexoravelmente, à ideia de preclusão, razão por que entende que a chamada coisa julgada formal, em verdade, não se confunde com a verdadeira coisa julgada (ou seja, com a coisa julgada material), sendo tão somente uma modalidade de preclusão, a última do processo de conhecimento, que torna insubsistente a faculdade processual de rediscutir a sentença nele proferida. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART. *Op.cit.*, 2005, p.611-612).

¹²⁹ RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p.166.

Ada Pellegrini explica que a coisa julgada material tem com pressuposto a coisa julgada formal. A coisa julgada formal tem o ato processual sentença como imutável dentro do processo, impedindo os recursos definitivamente preclusos, e a coisa julgada material incide sobre os efeitos produzidos pela sentença, tornando-os imutáveis e lançando-os para fora do processo. A coisa julgada material¹³⁰ é, assim, a imutabilidade da sentença entre as mesmas partes no mesmo processo ou em outro, estando impedido o juiz de julgar novamente, as partes de litigar e o legislador a regular de maneira diferente a relação jurídica¹³¹.

Todas as sentenças que transitam em julgado geram um efeito específico, isto é, a extinção do processo, não levando em consideração que estas sejam definitivas (decidem o mérito da demanda) ou meramente terminativas (apenas extinguem o processo sem analisar o mérito, podendo ser repropostas posteriormente, desde que seja sanado o vício). Este fenômeno é conhecido como *coisa julgada formal*, que pode ser definido como a imutabilidade do efeito formal de extinção dentro do próprio processo (endoprocessual). Ocorre pelo decurso dos prazos para interposição de recurso ou pelo esgotamento das vias recursais. A sentença de mérito possui o condão de, uma vez transitada em julgado, fazer lei entre as partes, nos limites da lide e das questões que foram decididas (art. 468 do Código de Processo Civil), tornando imutáveis seus efeitos materiais, que se projetam também para fora do processo (endo/extraprocessuais). É a *coisa julgada*¹³² *material*, a qual impede o reexame da lide em qualquer outro processo¹³³.

¹³⁰ Sobre a coisa julgada material, vale a análise da jurisprudência: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. LESÕES CORPORAIS. PACIENTE JÁ PROCESSADO PERANTE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. SENTENÇA QUE DECLAROU EXTINTA A PUNIBILIDADE, ANTE A DECADÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO DA VÍTIMA. COISA JULGADA MATERIAL. NOVA AÇÃO PENAL AJUIZADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR. ORDEM DENEGADA PELA CORTE DE ORIGEM EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL EM TRÂMITE NA JUSTIÇA CASTRENSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (HC 281.523/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 19/05/2014)”.

¹³¹ CINTRA, Antonio Carlos Araújo Cintra; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.327.

¹³² Sobre a distinção entre coisa julgada penal e civil vale a transcrição: “É preciso, então, delinear a diferença entre coisa julgada não-penal para com a coisa julgada penal. A primeira é, em princípio, imodificável, cedendo apenas em algumas situações especificadas em lei ou quando ocorrer patente e anormal conflito entre a realidade e a estabilidade (aqui, claro, para aqueles que defendem a flexibilização ou desconsideração da coisa julgada civil – englobando toda matéria não-penal). A segunda é, em princípio, modificável, por conta do postulado da individualização da pena, além de poder ser alterada nas hipóteses de revisão criminal. Assim, é possível afirmar que a coisa julgada penal é, por natureza, flexível, enquanto que a coisa julgada não-penal é inflexível, na essência, flexibilizando excepcionalmente. (COSTA, Gerdinaldo Quichaba. A coisa julgada e o princípio da individualização da pena: imutabilidade ou ponto de partida? *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte – MG, nos dias 22, 23, 24 e 25 de junho de 2011, p.5290)”.

¹³³ FIGUEIREDO, Mariana Corrêa de. Coisa julgada na ação civil pública: abrangência nacional ou limitação territorial? *Arquivo Jurídico*, v.1, n.1, jul/dez 2011, p.74.

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto limitado ao direito processual. Ela tem o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que possui conteúdo constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para amparar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles. As normas e técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações – mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso. De outro lado, quando já não se pensa nos efeitos imunizados da sentença, mas na sentença em si mesma como ato jurídico processual, sua imutabilidade é conceituada como *coisa julgada formal*. A coisa julgada formal existe quando já não for possível, pelas vias recursais, cassar a sentença proferida e muito menos substituí-la por outra¹³⁴.

Então, fica clara a distinção feita por Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que a distinção entre coisa julgada material e formal¹³⁵ consiste, portanto, em que: a) a primeira é a imunidade dos *efeitos* da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n.55/56, jan/dez 2001, p.29-30.

¹³⁵ Ressalte-se que a doutrina admite a relativização da coisa julgada: “A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão final dentro do processo, enquanto a coisa julgada material é a imutabilidade do conteúdo do comando da decisão final de mérito (sentença ou acórdão) para além do processo. Assim, o instituto da coisa julgada representa a consolidação do princípio da segurança jurídica, pois, uma vez transitada em julgado a sentença, não se pode mais discutir essa decisão, ressalvados os casos dos instrumentos processuais que podem desconstituí-la (como é o caso da ação rescisória). As propostas de relativização da coisa julgada procuram, por sua vez, alcançar a “justiça” do caso concreto. Na ordem constitucional brasileira existem vários princípios e garantias constitucionais que servem de parâmetro ao que se entende por “justiça”, como o princípio da moralidade administrativa (Art. 5º, LXXIII), a garantia do acesso à ordem jurídica justa (Art. 5º, XXXV), a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o zelo pela cidadania e pelos direitos do homem, entre outros. A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão final dentro do processo, enquanto a coisa julgada material é a imutabilidade do conteúdo do comando da decisão final de mérito (sentença ou acórdão) para além do processo. Assim, o instituto da coisa julgada representa a consolidação do princípio da segurança jurídica, pois, uma vez transitada em julgado a sentença, não se pode mais discutir essa decisão, ressalvados os casos dos instrumentos processuais que podem desconstituí-la (como é o caso da ação rescisória). As propostas de relativização da coisa julgada procuram, por sua vez, alcançar a “justiça” do caso concreto. Na ordem constitucional brasileira existem vários princípios e garantias constitucionais que servem de parâmetro ao que se entende por “justiça”, como o princípio da moralidade administrativa (Art. 5º, LXXIII), a garantia do acesso à ordem jurídica justa (Art. 5º, XXXV), a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o zelo pela cidadania e pelos direitos do homem, entre outros. Dependendo do momento histórico, do tipo de Estado e da opção política, a segurança jurídica é o valor que fala mais alto, mas, se os valores sociais forem os mais valorizados, é a justiça que importa. Assim, embora a segurança jurídica seja um dos pilares do estado democrático de direito, não é um valor absoluto. É da busca pela ponderação entre estes valores que estão surgindo as teses sobre a relativização da coisa julgada”. (ARAÚJO, Maria Isabel. Relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v.10, 2006, p.205-206).

extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra¹³⁶.

Assim, a coisa julgada formal restringe seus efeitos apenas internamente. A decisão deixou de ser impugnada pelas vias recursais, seja em virtude da preclusão ou ela inexistência de recurso cabível, considerando ainda a possibilidade do esgotamento da via recursal. Por isso, transitou em julgado e, internamente, ou seja, dentro da mesma relação processual ela não pode mais ser modificada. Já a coisa julgada material é a imunidade da sentença de forma extraprocessual. Os efeitos são lançados para fora do processo.

Em matéria processual penal deve-se analisar o tipo de sentença. Se a sentença for absolutória, como não se admite a ação rescisória penal *pro societate*, vê-se que a sentença penal absolutória faz coisa julgada formal e material. A sentença absolutória não pode ser impugnada pela via rescisória, logo, torna-se definitiva com efeitos dentro e fora do processo. Já a sentença penal condenatória pode ser impugnada a qualquer tempo pela via rescisória, podendo ser modificada pela revisão criminal.

3.4 LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO CASO JULGADO PENAL

Importa destacar, neste tópico, a extensão da coisa julgada, ou seja, até onde vão os limites objetivos¹³⁷ e subjetivos¹³⁸ do caso julgado. Esta extensão tem tratamento diverso quando se

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op.cit.*, 2001, p. 30.

¹³⁷ Sobre os limites objetivos no processo civil: “A coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença. Ao se observar o relatório e a fundamentação da sentença, inexistente propriamente julgamento. Neles o juiz ainda não certifica a vontade do direito que incide sobre o caso concreto, ocorrendo apenas na última etapa, que é o dispositivo. O art. 469, do Código de Processo Civil estabelece que não fazem coisa julgada: I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. Ao fundamentar sua decisão, o juiz examinará as questões prévias preliminares, que são aquelas cuja apreciação repercute na possibilidade ou não do exame de mérito. Também analisará os pontos controvertidos dos quais a lide depende. Após as preliminares, deverá examinar as questões prejudiciais, no caso as que dizem respeito ao mérito e que irão repercutir no provimento ou não do pedido. O art. 469, do CPC, expõe que não fazem coisa julgada os motivos, independentemente da relevância que tenham, a verdade dos fatos, e a apreciação de questão prejudicial. De fato, os três incisos são convergentes, não fazendo coisa julgada a fundamentação da sentença. Quando as circunstâncias fáticas ou jurídicas da causa forem alteradas com o intuito de compor nova causa de pedir, surgirá ensejo a ação totalmente diferente da ação anterior e, assim, indiferente à coisa julgada imposta sobre a primeira decisão. Portanto, percebe-se a intenção do legislador no sentido de não ser imutável ao haver alteração das condições das partes. Por outro lado, conclui-se das regras mencionadas que a lei não conseguiu tratar adequadamente o tema. A assertiva que da sentença judicial que analise as questões alimentícias não

compara o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal¹³⁹.

Assim, no Código de Processo Civil, a autoridade da coisa julgada atinge o objeto do processo, sobre o qual recairá a determinação contida no provimento jurisdicional final. O instrumento que fixa o objeto do processo é a demanda, que coloca diante do Poder Judiciário a pretensão processual do autor, objeto do processo, revelada no pedido seja ele mediato e imediato. O que efetivamente torna-se passível da imutabilidade decorrente da coisa julgada é o pedido, por caracterizar-se na pretensão do autor posta à apreciação do Poder Judiciário e sobre o qual incidirá a resolução judicial. Por isso, restringe-se a eficácia da coisa julgada ao comando emergente da sentença, ou seja, ao dispositivo, excluindo de seu âmbito o relatório e a fundamentação, o que vem expressamente determinado no artigo 469, inciso I, do Código de Processo Civil. Tal disposição advém da ideia de que o dispositivo da sentença reflete o pedido formulado pelo autor na petição inicial, determinando, portanto, o alcance da coisa

transita em julgado é imprópria. Caso assim fosse, então seria possível a revisão da decisão judicial sempre, perante quaisquer circunstâncias, mesmo não havendo alteração da situação financeira dos interessados. Portanto, o que é possível é se proferir novo julgamento em face de fatos novos. Conforme art. 468, do CPC, a sentença tem força de lei, isto é, faz coisa julgada material, observando-se os limites da lide e das questões decididas. Esse dispositivo é relevante para delinear os contornos da coisa julgada material como pressuposto processual negativo do julgamento de mérito. Impede-se a propositura de demanda idêntica – partes, pedido, causa de pedir. Caso determinada pretensão seja rejeitada, não há óbice em novamente ser trazido a juízo, desde que com fundamentos diferentes do anterior. Caso não tenha sido apreciada e as partes não opuserem embargos de declaração no momento devido, não haverá o respaldo da coisa julgada, o que redundará na possibilidade do autor depois voltar a juízo para reformulá-la”. (FAN, Chang; CORREA, Everton Gomes. Sentença, coisa julgada e decisão teratológica. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, v.13, n.2, jul./dez. 2010, p.255-256).

¹³⁸ Sobre os limites subjetivos no processo civil: “Conforme art. 472, a sentença faz coisa julgada às partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Trata-se, portanto, da regra fundamental sobre os limites subjetivos da coisa julgada. Assim, são atingidos os autores, os réus, os denunciados, os chamados ao processo, os oponentes e os nomeados que tiverem sido admitidos. Em relação a terceiros que não participaram do processo e não tiveram a oportunidade de se manifestar, de expor suas razões ou de se defender, estes não são atingidos. Tal procedimento se dá pela garantia constitucional do contraditório e do devido processo legal, já que tais institutos seriam rechaçados no caso de atingidos os terceiros pela coisa julgada”. (FAN, Chang; CORREA, Everton Gomes. *Op.cit.*, 2010, p.254).

¹³⁹ Sobre os limites da coisa julgada o Supremo Tribunal Federal não reconheceu a repercussão geral: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE VALOR FIXADO À TÍTULO DE DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INDEFERIMENTO LIMINAR. ART 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO LEGAL/LIMITES DA COISA JULGADA. ANÁLISE PRÉVIA DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. I - Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não há repercussão geral no tema relativo à revisão de valor fixado à título de danos morais, tendo em vista a necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos. II - A Corte Suprema, nos autos do AI-RG-QO 791.292/PE, julgado sob o regime da repercussão geral, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que o art. 5º, XXXV da Constituição Federal exige que ‘o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão’. III - O Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral do tema referente à violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação de normas infraconstitucionais. IV - Agravo regimental desprovido. (AgRg no RE nos EDcl no REsp 1413191/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 11/06/2014)”.

julgada. É propriamente em decorrência dessa necessária correlação entre pedido, objeto do processo e dispositivo, que a lei processual adotou a restrição dos limites objetivos da coisa julgada a esta parte da sentença, de modo a excluir de sua abrangência os motivos da decisão, equivalentes à causa de pedir, fundamentos do pedido¹⁴⁰.

Quanto ao aspecto subjetivo, apenas ficam sujeitas à autoridade da coisa julgada as partes do processo no qual a sentença foi proferida. Os terceiros, contudo, podem ser alcançados pelos efeitos da sentença. Todavia, inobstante a sentença proferida entre partes possa ser relevante para diversos terceiros, ela apenas produz eficácia jurídica perante aqueles terceiros, titulares de relação jurídica vinculada, por nexo de prejudicialidade, à relação jurídica decidida entre as partes¹⁴¹.

Para Paulo Rangel, não se pode confundir e nem mesmo comparar a coisa julgada penal e a coisa julgada civil. Para o autor, as diferenças são tão graves que os conceitos do processo civil não podem ser trazidos para o processo penal¹⁴². Assim, os limites objetivos do caso julgado penal, para o autor, estão relacionados ao que ele chamou de “fato principal” que é, em verdade, um acontecimento natural no mundo da vida e que deve estar bem delimitado pelo Ministério Público na denúncia. Ou seja, é um comportamento humano exteriorizado, que, trazido aos autos de um processo criminal, será julgado pelo magistrado em sua sentença. Assim, fato principal é o evento naturalístico no mundo da vida¹⁴³.

Por isso, percebe-se o cuidado que deve ter o acusador ao descrever os fatos na inicial. O Ministério Público, conforme artigo 41 do CPP, deve descrever minuciosamente o fato em todas as suas circunstâncias. Denúncia genérica é inepta e não serve para ensejar um processo criminal. Veja-se a importância desse tema, visto que vai influenciar, de forma direta, os limites objetivos da coisa julgada penal. Ora, se é o fato principal que faz a coisa julgada objetiva, ele deve ser bem delimitado na denúncia, para evitar dúvida quanto ao limite do caso julgado penal.

¹⁴⁰PASCHOAL, Thaís Amoroso. Imutabilidade das decisões: os limites objetivos da coisa julgada. *Scientia Iuris*, Londrina, v.11, 2007, p.202.

¹⁴¹ MARINHO, Ivana Mafra. Os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo para a tutela de direito individual homogêneo. *Revista Jurídica da Seção Judiciária Federal de Pernambuco*, 2009, p.196.

¹⁴² “Pensamos que aqui reside o primeiro equívoco: tratar o instituto do caso julgado penal idêntico ao do caso julgado civil, isto é, voltar-se a tentar vestir a roupa bonitinha do processo civil no corpo cansado, velho e maltratado do processo penal”. (RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012, p.159).

¹⁴³ RANGEL, Paulo. *Op.cit.*, 2012, p.194-195.

Os limites subjetivos do caso julgado no processo penal, por sua vez, dizem respeito à estabilidade jurídica diante da extensão ou não desses limites a terceiros alheios à relação jurídica processual. A preocupação com a constância reside na tentativa de evitar que um diferente magistrado contrarie a situação fática ou de direito já consolidada em sentença que transitou em julgado e, conseqüentemente, evitar um conflito entre as prestações jurisdicionais. O processo penal regula o limite subjetivo do caso julgado, quando traz o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que tem como consequência a sua indivisibilidade, e o princípio acusatório ao afirmar que para a correlação entre a acusação e a sentença, a ação penal deve ser proposta em face do genuíno autor do fato¹⁴⁴.

Os limites¹⁴⁵ subjetivos da coisa julgada na esfera penal insurgem para explicar que a partir do momento em que a sentença se torna impugnável, a *res judicata* vale apenas entre as partes, assim como os efeitos da sentença adquirem a qualidade de imutabilidade também entre elas¹⁴⁶.

De igual modo, os limites subjetivos da coisa julgada dizem respeito à identidade do imputado ou imputados, e conseqüentemente, à impossibilidade de se processar novamente o mesmo fato imputado ao mesmo autor. Desta forma, a coisa julgada fica objetivamente circunscrita

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.173

¹⁴⁵ Sobre o tema veja a jurisprudência do STF: “Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PENAL. QUEIXA-CRIME. ARTIGO 345 DO CP. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA”. (ARE 791825 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 16-05-2014 PUBLIC 19-05-2014) e ainda: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PERDA DO CARGO PÚBLICO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OFENSA REFLEXA. 1. A prestação jurisdicional resta configurada com a prolação de decisão devidamente fundamentada, embora contrária aos interesses da parte. Nesse sentido, ARE 740.877-AgR/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 4/6/2013. 2. A decisão judicial tem que ser fundamentada (art. 93, IX), ainda que sucintamente, sendo prescindível que a mesma se funde na tese suscitada pela parte. Precedente: AI-QO-RG 791.292, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 13/8/2010. 3. Os princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, quando debatidos sob a ótica infraconstitucional, revelam uma violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional, o que torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes: ARE 675.340-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 17/5/2012, e ARE 741.324-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 4/9/2013. 4. In casu, o acórdão recorrido assentou: “ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. SEDAÇÃO DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE”. 5. Agravo regimental DESPROVIDO”. (ARE 770892 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013).

¹⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 302

pela identidade do fato, e subjetivamente circunscrita pela identidade da pessoa do réu¹⁴⁷.

Fixados os limites objetivos e subjetivos do caso julgado penal, cabe analisar a ação penal autônoma de impugnação que tem por escopo fazer prevalecer a justiça sobre a certeza. Neste aspecto, o direito agasalhou a possibilidade da rescisão da sentença penal através da revisão criminal, que será analisada nas linhas seguintes.

3.5 PROLEGÔMENOS DA REVISÃO CRIMINAL

Traçar as origens históricas da revisão criminal não é um trabalho fácil. Nos primórdios do instituto, em virtude da inexistência de legislação escrita, a consulta a materiais tornava-se impossível, o que dificultava a obtenção de relatos sobre o tema. Élcio Arruda chega a determinar sua origem no direito mosaico, citando a Escritura Sagrada, mais precisamente o relato de Daniel XIII, ao referir-se ao julgamento de Susana, mulher de Joaquim¹⁴⁸.

No direito romano, o Presidente da Província, ao condenar alguém, não poderia reabilitá-lo. O condenado deveria ingressar com pedido ao Príncipe, arcando com o ônus da prova de sua inocência. Tal providência decorreria da Suplicação, de caráter meramente administrativo. Existia, ainda, a *restitutio in integrum*, que era possível, nos seguintes casos: a) sentença iníqua; b) condenação com base no falso testemunho ; c) descoberta de posterior inocência¹⁴⁹.

Já na França, Mossin¹⁵⁰, cita o de *lettres de grace et de proposition d'erreur* (Cartas de Graça e Proposição de erro), como forma recursal, onde o rei exercia jurisdição. O recurso surge, em verdade, nas Ordenanças de 1539 e 1667, como marco inicial da revisão criminal naquele

¹⁴⁷ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373.

¹⁴⁸ “No relato, Susana, mulher deveras formosa e temente a Deus, era casada com Joaquim, pessoa abastada e muito respeitada entre os judeus. Estes, por isso, procuravam-no, em casa, na busca de desatar pendências. Dois velhos juízes, incumbidos de deliberar, freqüentavam aquela adornada residência. Porque ali avistavam quotidianamente, os anciãos da lei conceberam ardente paixão por Susana. Urdiram, então, surpreendê-la por ocasião do banho. Logrando êxito, fizeram-lhe proposta de ceder à lascívia, sob pena de, falsamente, lançarem testemunho de terem-na surpreendido com um mancebo. Não aquiescendo à proposta, acusaram Susana de adultério. A espúria versão foi agasalhada e, com isto, condenada à morte por lapidação (apedrejamento). Quando conduzida ao eterno retiro, Daniel, um moço ainda menino, por inspiração divina, bradou ser inocente do sangue de Susana, rogando um novo julgamento, já que ela fora vítima de falso testemunho. Com reinquirição, agora em separado, dos velhos, flagrantes contradições vieram a lume, de sorte a Susana ser liberada e os falsos detratores mortos”. (ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. [S.I]: Mundo jurídico, 2003, p.28).

¹⁴⁹ MARTINS DE OLIVEIRA, João. *Revisão criminal*. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p.67.

¹⁵⁰ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão criminal no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas 1997, p.25.

país.

No direito português, Carlos Roberto Barros Ceroni¹⁵¹ assevera que, nas Ordenações Afonsinas, eram previstas duas espécies de revisão: graça do príncipe em benefício do inocente condenado, e a revisão, motivada para os casos de existência de testemunhos ou documentos falsos e de suborno dos juízes. Nas Ordenações Filipinas, surge a *revisio principis ex gratia specialissima*, que era concedida pelos reis, nos casos não previstos em lei.

No Brasil, a revisão criminal, com essa nomenclatura, surge junto com a República, uma vez que, antes somente existia o recurso de revista, admitido quando fosse caso de nulidade ou de injustiça da decisão. Foi em 11 de outubro de 1890, com a organização da Justiça Federal, com previsão no decreto 848, que a revisão criminal ganhou espaço legislativo, ao tratar da competência do Supremo Tribunal Federal¹⁵².

Em sede constitucional, a revisão nasce em 24 de fevereiro de 1891, mais precisamente no art. 81, com competência definida para o Supremo Tribunal Federal, posteriormente alterado pela Lei 221 de 1894¹⁵³. A Lei Maior de 1934 não alterou o instituto, que permaneceu intacto, nos mesmos moldes da revisão prevista na Constituição anterior. Já a Constituição Federal de 1937 não tratou especificamente da matéria. A Carta Constitucional de 1946 é que restabelece a revisão em seus arts. 101, IV e 104, III¹⁵⁴. A Carta Magna de 1967 também descreveu o instituto em seus arts. 114, I, “m”¹⁵⁵. Na atual Constituição, a revisão criminal encontra-se nos

¹⁵¹ CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal: características, conseqüências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p.08.

¹⁵² *In verbis*: “Proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condenatória definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador”.

¹⁵³ Vejamos o texto da referida lei: “A revisão dos processos findos, de que trata o art. 9º, n. 3, do Dec. N. 848, de 1890, estende-se aos processos militares, e será regulada do modo seguinte: § 1º. Tem lugar a revisão: 1º. Quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal; 2º. Quando no processo em que foi proferida a sentença condenatória não se guardaram as formalidades substanciais, de que trata o art. 301 do Código de Processo Criminal; 3º. Quando a sentença condenatória tiver sido proferida por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado, ou quando se fundar em depoimento, instrumento ou exames julgados falsos; 4º. Quando a sentença condenatória estiver em formal contradição com outra na qual foram condenados como autores do mesmo crime outro ou outros réus; 5º. Quando a sentença condenatória tiver sido proferida na suposição de homicídio, que posteriormente se verificou não ser real, por estar viva a pessoa que se dizia assassinada; 6º. Quando a sentença condenatória for contrária à evidencia dos autos; 7º. Quando depois da sentença condenatória se descobrirem novas e irrecusáveis provas da inocência do condenado. (MARTINS DE OLIVEIRA, João. *Op.cit.*, 1967, p.74-78).

¹⁵⁴ Com a seguinte redação: “Ao Supremo Tribunal compete: rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos”. “Compete ao Tribunal Federal de Recursos: rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos”.

¹⁵⁵ Com a seguinte redação: “Compete ao Supremo Tribunal Federal: processar e julgar originariamente: as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados” e 117, I, “a”: “Compete aos Tribunais Federais de Recursos: processar e julgar originariamente: as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.

arts. 102, I, “j”, que trata da competência originária do Supremo Tribunal Federal¹⁵⁶.

Trata-se de um novo meio de impugnação de uma sentença penal que transitou em julgado, sobre a qual existe uma suspeita fundada de erro judiciário, de competência originária do tribunal, mais precisamente, quando existe na sentença: contrariedade à lei ou a tudo aquilo que se produziu nos autos, quando a sentença for baseada em provas falsas ou quando surgirem novas provas que comprovem a inocência do acusado, podendo ser apresentada a qualquer momento.

A revisão criminal, por assim dizer, tem por finalidade possibilitar o reexame das decisões penais que transitaram em julgado, corrigindo o erro proferido pelo próprio Judiciário¹⁵⁷.

Para Jaques de Camargo Pentead, a falibilidade humana não impede a dinâmica da vida. O ser humano acerta, erra e corrige o erro. A evolução vincula-se mais à emenda do que à exação. Se, no plano moral, é vital a preocupação em conhecer o bem e o concretizar, no campo jurídico a aplicação das normas deve realizar o justo e, da intimidade do próprio sistema legal, exsurgir mecanismos de ajuste e correção. O ser humano lesiona bens jurídicos essenciais à sociedade e, bem por isso, se lhe impõem sanções rigorosas visando à expiação e readaptação que estimulam os demais à conduta adequada. A dramática tarefa da acusação, defesa e julgamento, marcada por nossa evidente fraqueza, pode provocar injustiças. Culpados podem ser absolvidos e inocentes condenados, sendo que o último é muito pior do que o primeiro. É a coisa julgada que abre passagem à realização do justo. Erige-se a revisão

¹⁵⁶ Com a seguinte redação: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição cabendo-lhe: processar e julgar, originariamente: a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”. O art. 105, I, “e”, também trata sobre o tema quando descreve a competência do Superior Tribunal de Justiça: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: processar e julgar, originariamente: as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”, bem como o art. 108, I, “b”, que descreve a competência dos Tribunais Regionais Federais: “Compete aos Tribunais Regionais Federais: processar e julgar, originariamente: as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.

¹⁵⁷ Na visão de Walter Acosta: “A finalidade da revisão é a de permitir o reexame de processos findos, em que o réu tenha sido condenado, e possibilitar a reparação daquilo que constitui a preocupação maior dos penalistas – o erro judiciário”. (ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria e prática, jurisprudência e organogramas*. 14.ed. [S.l.]: Coleção Jurídica da editora do autor, 1979, p.369). Para o Eugênio Pacelli de Oliveira: “A ação de revisão criminal tem precisamente esse destino: o de permitir que a decisão condenatória passada em julgado possa ser novamente questionada, seja a partir de novas provas, seja a partir da atualização de interpretação do direito pelos tribunais, seja, por fim, pela possibilidade de não ter sido prestada, no julgamento anterior, a melhor jurisdição”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.889). Já Borges de Pinho afirma que: “O recurso de revisão, dado se apresentar como um expediente destinado a corrigir um erro judiciário e a repor a justiça do caso, vem-se projetando e se perfilando como remédio necessário para todo um equacionar do equilíbrio desejável entre e imutabilidade de uma decisão judicial, já transitada, e o respeito pela verdade material”. (BORGES DE PINHO, Davi Valente. *Dos Recursos Penais: breves notas sobre os recursos na área criminal e sobre o habeas corpus*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.47).

criminal para a correção do erro judiciário¹⁵⁸.

Ora, se o homem é capaz de errar, vale o brocardo latino *errare humanum est*, e, se esse erro é da essência do ser humano, por óbvio que as decisões judiciais, que também são proferidas por seres humanos, são passíveis de erro. Se, numa sentença penal, por exemplo, houve uma falsa representação da realidade que foi capaz de gerar uma condenação criminal injusta, não deve permanecer a coisa julgada, que será rescindida pela revisão criminal.

Muito se discute sobre a natureza jurídica da revisão criminal. Para alguns doutrinadores, a revisão criminal tem natureza jurídica de recurso excepcional, para outros, de ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência dos tribunais¹⁵⁹.

Desnecessária ou não, os que entendem ser a revisão criminal recurso excepcional, fundamentam, basicamente, pelo critério legal. Para esta corrente, o legislador, desde a Constituição de 1981, incluía a revisão no rol dos recursos. Ainda hoje, permanece, no Título II, do Livro III, do Código de Processo Penal, ou seja, na parte reservada aos recursos em geral¹⁶⁰.

Em verdade, tais doutrinadores, em que pese o brilho de seus comentários, passaram a receber duras críticas. Primeiro, porque não se pode recorrer do que é irrecorrível. A revisão surge para impugnação de sentenças não mais passíveis de recursos. Não há lógica em interpor recurso de uma decisão irrecorrível. Segundo porque, via de regra¹⁶¹, um dos pressupostos recursais é ser ele interposto pela parte. A revisão criminal poderá ser interposta pelo cônjuge, ascendente ou descendente. Terceiro, porque a recorribilidade de uma decisão não está

¹⁵⁸ PENTEADO, Jaques de Camargo. Revisão Criminal. *Revista Justitia*, São Paulo, 57(171), jul/set, 1995, p.18.

¹⁵⁹ Veja o entendimento de Mariano de Siqueira Filho: “É um recurso misto e *sui generis*. Muitos o consideram uma verdadeira ação, por ter lugar após terminado o processo, e permitir a produção da nova prova. Aproxima-se da rescisória, que é ação, mas difere em seus pressupostos, prazo e processamento. Por isso é de natureza peculiar. Visa o reexame de uma sentença passada em julgado e é dirigida ao Tribunal Superior àquele que a prolatou, seja para absolver o réu, seja para minorar a sua situação, ou diminuição da pena, seja, finalmente, para anular o processo. Objetiva, pois, a reforma da *res judicata* ou coisa julgada. (SIQUEIRA FILHO, Mariano de. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.219). Hélio Tornaghi, por sua vez, assevera que tal discussão é desnecessária: “Discute-se a natureza jurídica da revisão: recurso ou ação (prima-irmã da rescisória?). A dissidência perde substância para os que sustentam que todo recurso é ação. E mesmo para os que assim não entendem, a questão é bizantina: não tem importância prática que a lei discipline a revisão como ação rescisória ou como recurso”. (TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2, p.362).

¹⁶⁰ Dentre os autores que defendem tal teoria destacam-se Élcio Arruda. (ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. [S.l]: Mundo jurídico, 2003, p.17) e João Claudino de Oliveira Cruz (CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Prática dos recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.213).

¹⁶¹ No processo civil é possível o recurso de terceiro prejudicado e o recurso interposto por sucessor.

vinculada a ser ela condenatória ou absolutória, como ocorre na revisão criminal¹⁶².

Portanto, é a revisão criminal verdadeira ação exclusiva da defesa, de competência originária dos tribunais, que têm por finalidade desconstituir a coisa julgada condenatória¹⁶³. Em virtude disso é que se prefere o entendimento de que a revisão criminal constitui uma ação autônoma de impugnação¹⁶⁴.

3.6 CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

As hipóteses de cabimento da revisão criminal estão dispostas no art. 621, do Código de Processo Penal¹⁶⁵. Na maioria dos casos descritos na referida legislação, a essência é sempre a necessidade de desconstituir uma condenação criminal injusta.

A primeira hipótese trata da decisão que é contrária à letra expressa da lei ou contrária à evidência dos autos. A doutrina clássica entende por lei, nesse caso, não somente a norma de direito penal, mas, de igual modo, a norma procedimental penal, bem como a legislação extravagante.

Quando a decisão condenatória for contrária à norma de direito penal, o julgamento da revisão, geralmente, será no sentido de absolver o condenado. Se, de outra forma, for caso de

¹⁶² MÉDICE, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida) v.1, p.230-231.

¹⁶³ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.845.

¹⁶⁴ Neste sentido: “Erroneamente rotulada entre os recursos pelo código, que seguiu a tradição, a revisão criminal, entre nós, é indubitavelmente ação autônoma impugnativa da sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais. A relação processual atinente à ação condenatória já se encerrou e pela via da revisão instaura-se nova relação processual, visando a desconstituir a sentença (juízo rescidente ou revidente) e a substituí-la por outra (juízo rescisório ou revisório)”. (FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes Filho; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação nos tribunais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.305-306). Vejamos ainda o entendimento de Adhemar Raymundo da Silva: “A rigor, a nosso ver, a revisão não é recurso. Ela é ação porque dá lugar a um procedimento através do qual se pede a atuação do órgão jurisdicional sobre uma pretensão ligada ao direito de liberdade”. (SILVA, Adhemar Raymundo da. *Estudos de direito processual penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, VI, 1957, p.82). Por fim: “A revisão criminal em que pese estar inserida no Título do Código que trata dos recursos em geral, recurso tecnicamente não é. Todos os recursos pressupõem processo não findo, ou seja, que a decisão proferida não tenha ainda transitado em julgado”. (SILVA, Cesar Antônio da. *Doutrina e prática dos recursos criminais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p.147).

¹⁶⁵ A revisão criminal poderá ser apresentada nos seguintes casos: a) Quando a decisão for contrária à letra expressa da lei ou contrária à evidência dos autos. b) Quando a decisão se fundar em depoimentos, documentos ou exames falsos. c) Quando surgirem provas novas de inocência do réu ou causa de diminuição de pena.

violação da norma procedimental, a consequência direta será a nulidade do processo¹⁶⁶

Ser contrária à lei é, dessa forma, tratá-la como se não fosse válida, ou como se não estivesse em vigor; é tratá-la como se não existisse, não aplicando os preceitos descritos pela norma, seja de conteúdo material ou adjetivo.

Caberá revisão criminal, ainda, quando a decisão for contrária à evidência dos autos. Percebe-se que o Código utilizou a expressão “decisão contrária à evidência dos autos”. Evidente é tudo aquilo que se mostra, de forma muito clara, manifestamente visível. É algo que se percebe de pronto. Nessa hipótese, a decisão que transitou em julgado vai de encontro a todo o conjunto probatório.

A decisão proferida pelo magistrado deve estar afastada de tudo aquilo que foi apurado durante o sumário de culpa. A sentença que passou em julgado, em verdade, não aderiu a uma das possíveis teses que existiam no lastro probatório, ou seja, não optou o juiz por uma das possíveis hipóteses aventadas pelas partes, ao contrário, afastou-se totalmente das provas, tanto produzidas pela acusação quanto produzidas pela defesa.

Ser contrária à evidência dos autos é se afastar totalmente do material probatório produzido. De outra forma, se o magistrado prolata sua decisão com base em uma das possíveis teses que consta dos autos, ainda que tenha ele escolhido mal, se tal tese tem fundamento no lastro probatório, mesmo que, em menor escala, a revisão, sob esse fundamento, não pode ser admitida¹⁶⁷.

Outro fundamento legal, para que a revisão seja apresentada, surge quando a decisão se fundar em depoimentos, documentos ou exames comprovadamente falsos. Trata-se de sentença que toma por base depoimento, documentos ou exames comprovadamente falsos. Na primeira hipótese, a testemunha comete um delito de falso testemunho e seu depoimento é

¹⁶⁶ Vejamos: “A sentença contrária ao texto expresso de lei penal é aquela que nega a sua vigência ou não aplica o que ela dispõe. Cite-se, por exemplo, a decisão que condena o réu por fato que não constitui crime ou a uma pena acima do limite permitido por lei”. (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.633). Ainda: “Não é qualquer divergência de interpretação ou entendimento sobre um texto da lei que autoriza a rescisão da sentença condenatória. Imprescindível se faz que a decisão se tenha divorciado, de modo evidente, do ‘texto expresso’ da norma penal, para que caiba a revisão. Passível de ser revista é a sentença condenatória que tenha negado a tese da lei penal, tal como sucede no recurso extraordinário por infringência da ‘letra de tratado ou lei federal’”. (FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 2009, v.IV, p.323).

¹⁶⁷ No mesmo sentido: “Deve-se julgar contrária ao texto expresso de lei a decisão que se afasta, sem reboço, do preceito legal; e adversa à evidência dos autos a sentença que se aparta dos elementos probatórios existentes no processo. Corolário de ambas, a condenação iníqua ou a exacerbação descabida da pena”. (AMBROGNI, Orestes. *Da revisão criminal*. *Revista de Justitia*. São Paulo, ano XXXII, out./dez. 1970, p.112).

base para a sentença condenatória. É obvio que, se o depoimento não corresponde à verdade, não serve como prova.

Nas demais hipóteses, a falsidade surge de um documento ou de exames periciais falsos. Um documento falso, a depender da sua relevância processual, pode influenciar de forma direta na condenação do réu, sendo cabível a revisão criminal se, posteriormente, surgir prova da falsidade do documento, comprovada por exame técnico.

Para ser admitida a revisão nesses casos, é importante ressaltar que o depoimento da testemunha deverá ter influenciado, direta ou indiretamente, na decisão judicial, pois, se o depoimento foi irrelevante, não servirá como fundamento para a revisão.

A evidência da falsidade não necessita estar comprovada previamente no pedido de revisão. Poderá ser produzida em seu curso, utilizando-se, nesse caso, analogicamente, o procedimento de justificação trazido pelo art. 861 do Código de Processo Civil. O relator da revisão deverá remeter os autos à primeira instância para que, naquele juízo, possa o magistrado determinar a realização de exame de falsidade documental por perito oficial.

Como terceiro fundamento, o Código de Processo Penal descreve a possibilidade de surgirem provas novas de inocência do réu¹⁶⁸ ou causa de diminuição de pena. Nesse caso, qualquer nova prova pode servir de base para a revisão. Não há um critério fixo, qualquer coisa pode servir como meio de prova.

A prova nova que servirá para a absolvição deve ser plena, ou seja, gerar um juízo de certeza. Em sede de revisão criminal, para maior parte da doutrina, não se aplica o princípio do *in dubio pro reo*, ao contrário, mesmo havendo dúvida razoável¹⁶⁹, a sentença deverá ser

¹⁶⁸ Para Jean Larguier e Philippe Conte: "*Constituent des faits nouveaux, par exemple: la rétractation d'un témoin, l'aveu d'un tiers reconnaissant être coupable, la preuve d'un alibi, l'hospitalisation lointaine, au moment des faits, de la personne condamnée par défaut, la connaissance postérieure de l'altération, au moment des faits, des facultés mentales du condamné, ou du témoin unique; pour une personne condamnée comme complice, la relaxe de l'auteur principal au motif que l'infraction n'était pas caractérisée, la relaxe de l'auteur de l'infraction d'origine, pour la condamnation du receleur; l'erreur dans la création d'une obligation alimentaire en matière d'abandon de famille; la relaxe d'un étranger pour séjour irrégulier, pour la condamnation pour aide au séjour; la découverte postérieure du véritable auteur de l'infraction, ou d'autres meurtres commis par un tiers dans des circonstances analogues, la condamnation de l'auteur de viols après condamnation pour dénonciation calomnieuse de ces infractions*". (LARGUIER, Jean; CONTE, Philippe. *Procédure pénale*. Paris: Dalloz, 2006, p.285).

¹⁶⁹ Sobre o tema: "*La razón fundamental por la que un sistema penal debería adoptar el estándar de la prueba más allá de toda duda razonable es, esencialmente, de naturaleza ética o ética-política: se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la "certeza" de su culpabilidad: mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es, por lo mismo, particularmente elevado - y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente- porque en el*

mantida, embora não deva prevalecer esse entendimento.

3.7 REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE* E *REFORMATIO IN PEJUS*

Pela análise literal do art. 621 do Código de Processo Penal, percebe-se que tal dispositivo trata, exclusivamente, da revisão criminal *pro reo*. Dessa forma, é impossível o Ministério Público intentar tal ação *pro societate*.

Em sendo assim, se o réu for absolvido em determinado processo criminal com trânsito em julgado, mesmo que surjam novas provas que indiquem, de forma veemente, a autoria e a materialidade delitiva, não pode o Ministério Público ingressar com rescisória penal, visando a condenar o suposto autor do fato¹⁷⁰.

*proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen un equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una policy, lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la policy es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable. Sin embargo, la justificación ética fundamental de la adopción de un estándar de prueba así elevado, no excluye que también cuente con justificaciones jurídicas: de hecho, incluso más allá de los ordenamientos de common law, es posible conectar este estándar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal". (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Metropolitana, 2009, p.112-113).*

¹⁷⁰ Vale colacionar análise jurisprudencial sobre o tema: "HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. Nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c". 2. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 3. Em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa. Tal argumento, entretanto, não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a persecutio criminis in iudicio até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do habeas corpus, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida. 4. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de recurso de apelação, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. LATROCÍNIO TENTADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA. ERRO MATERIAL CORRIGIDO PELO TRIBUNAL NO JULGAMENTO DE APELO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INDEVIDA REVISÃO CRIMINAL PRO SOCIETATE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Tratando-se, como se trata, de Direito Penal adjetivo, não se pode falar em correção ex officio de "erro material", mormente em detrimento do réu. 2. Na esfera penal prevalece o princípio do non reformatio in pejus que impede o agravamento da situação do réu sem uma manifestação formal e tempestiva da acusação nesse sentido. 3. "Trata-se da cabal confirmação do entendimento de que, neste, como noutros temas, o processo penal não é estruturado por

Tomemos um exemplo: um indivíduo “A” foi acusado de cometer o crime de latrocínio. Entrou na casa da vítima que se encontrava dormindo e roubou suas joias. Mas, para conseguir seu objetivo, matou a vítima. Saiu da referida residência com todas as joias. Por ausência de provas, foi absolvido em todas as instâncias. O processo transitou em julgado. Cinco anos depois, surge uma prova nova que, se fosse produzida no sumário culpa, mudaria todo o destino do processo. Todos sabem, em virtude dessa prova, que o citado indivíduo “A” matou a vítima de forma cruel, roubando-lhe todas as joias. Esse indivíduo, pelo sistema atual, não poderá ser condenado, em virtude de ter a sentença transitado em julgado.

Uma coisa está muito clara: não estamos diante de um julgamento justo¹⁷¹. Ao contrário, estamos diante de um caso de erro judiciário. Um homem culpado foi absolvido, injustamente.

Se, agora, estivéssemos diante de um suposto caso de condenação injusta, por exemplo, se um indivíduo foi condenado injustamente e, meses depois, surgissem novas provas, da sua inocência, o direito, sobrepondo o valor justiça sobre a certeza, agasalharia a primeira, dando ao réu a possibilidade de revisão de um julgamento injusto.

Sendo um tratamento desigual, e se o direito busca a verdade e a justiça, é, de se estranhar, vê-lo aceitar o injusto, dar ao injusto *status* de imutabilidade material. É, enfim, aceitar o erro.

Princípio muito utilizado na fase recursal, a impossibilidade de *reformatio in pejus* tem sido verdadeira garantia do réu na interposição de recurso exclusivo da defesa. Tal princípio assegura ao recorrente a impossibilidade de ter sua pena agravada, quando não há recurso da acusação.

Por exemplo, se o réu foi condenado a uma pena de 10 anos de reclusão e apenas o acusado apela, aquela decisão transitou em julgado para a acusação e, por isso, não pode ser

princípios comuns ao processo civil, senão por regras próprias, em razão da prevalência dos interesses públicos que constituem a substância e o objeto permanente do conflito jurídico típico que se presta a decidir e, sobretudo, por força do valor supremo do jus libertatis, do qual o processo é concebido e disciplinado como instrumento de tutela" (STF, HC 83.545/SP, Rel. Ministro CESAR PELUSO, Primeira Turma, DJ 3.6.2006). **4. Nesse viés, seja por nulidade absoluta, seja por erro material, não se pode agravar (quantitativamente ou qualitativamente) a situação do réu sem recurso próprio do acusador, sob pena de configurar indevida revisão criminal pro societate. Precedentes do STJ.** 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para restabelecer a sentença condenatória no tocante ao quantum da pena privativa de liberdade. (HC 257.376/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 26/03/2013). (grifos nossos).

¹⁷¹ Para Arthur Kaufmann: “Enquanto que para a lógica tradicional a verdade se encontra no juízo, e para o pensamento reflexivo a verdade se encontra no conceito, para a teoria do discurso a verdade encontra-se no processo”. (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p.426).

aumentada.

O primeiro questionamento que se faz é se tal princípio de aplica em sede de revisão criminal. É o próprio art. 626 do Código de Processo Penal que responde a tal pergunta: “Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo”. De acordo com o parágrafo único: “De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”.

Em sede de recurso, se a acusação recorre e a defesa também, a pena tanto pode ser aumentada quanto diminuída. No entanto, na rescisória penal, a decisão já transitou em julgado para ambas as partes, e somente a defesa pode ingressar com a referida ação, isso, para a maior parte da doutrina, em que pese entendimento diverso¹⁷².

Logo, não faz sentido o condenado ingressar com a revisão e ter sua pena aumentada pelo tribunal. Estaríamos, dessa maneira, diante de verdadeira hipótese de revisão *pro societate* implícita, o que não é permitido pelo sistema atual.

Destarte, pela análise do art. 626 do Código de Processo Penal, lê-se que “o tribunal poderá alterar a classificação da infração”. Poderia o tribunal, alterando a classificação do crime, submeter o réu a um tipo mais gravoso? Poderia, por exemplo, modificar a classificação do delito de furto para crime de roubo? A resposta nos parece negativa, na medida em que a pena será também aumentada pela vedação explícita do parágrafo único do referido artigo¹⁷³.

No caso do trecho do art. 626, que se refere à possibilidade de o tribunal “absolver o réu”, não há dúvida, pois esse é o real objetivo da revisão, sendo amplamente possível. No que tange à modificação da pena, em virtude da vedação do parágrafo único do referido artigo, somente poderá ser alterada se for para melhorar a situação do condenado, ou seja, no sentido de reduzir sua pena.

¹⁷² Para Gomes Neto: “No julgamento da revisão o Tribunal, câmara ou turma poderá não só absolver o réu como também alterar a classificação da infração, mantendo a mesma pena ou impondo outra menor. Poderá ainda modificar a mesma pena anterior, desde que seja para menor ou menos grave, ou anular o processo, mandando o réu a novo julgamento. Só não pode impor maior ou mais grave, que consistiria a *reformatio in pejus* [...]”. (GOMES NETO, A. F. *Código de processo penal: teoria e prática nos termos da nova constituição brasileira*. [S.l.]: Brasiliense Coleções, 1990, p.198).

¹⁷³ Para Espínola Filho: “Expediente, entre nós, admitido, apenas, em benefício do réu condenado, a revisão criminal, na pior das hipóteses, poderá deixar inalterada a situação criada pela sentença condenatória, o que ocorrerá quando o tribunal julgar improcedente o pedido. Nunca haverá possibilidade de uma agravação da pena, como, aliás, sugestiva claramente, proclama o parágrafo único do art. 626 [...]”. (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000, V.VI, p.484).

A última parte do dispositivo trata da possibilidade de anulação do processo, em virtude de uma nulidade absoluta. Por certo que a revisão criminal pode ter por objetivo anular o processo. Quanto a isso, não há dúvida. No entanto, com a nulidade processual, certamente, a sentença também será anulada, pois esse é o objetivo da rescisória penal. Nesse caso, então, uma nova sentença deverá ser prolatada.

Pergunta-se: poderia a nova sentença prolatada, em virtude da nulidade da primeira, condenar o réu a uma pena superior àquela anteriormente imposta? Por exemplo, se inicialmente o réu foi condenado a uma pena de 05 anos de reclusão e essa sentença transitou em julgado, sendo anulada pela rescisória penal, poderia o juiz, na segunda sentença, condenar a uma pena de 07 anos?

Não. Nesse caso, estaríamos diante de uma hipótese de *reformatio in pejus* indireta. Indireta, pois não é o acórdão proferido na revisão que aumentaria a pena diretamente, mas sim o acórdão que tornou nula a primeira sentença e deu causa, indiretamente, ao aumento de pena, realizado pela segunda sentença.

Não se admite, em sede de rescisória penal a *reformatio in pejus*, nem causada diretamente pelo acórdão da revisão criminal, pois aí estaríamos diante de verdadeira revisão *pro societate*, nem aquela causada indiretamente, quando a decisão da revisão criminal anula a primeira sentença e causa uma nova sentença, mais gravosa para o réu.

3.8 REVISÃO CRIMINAL NAS DECISÕES DO JÚRI E DO JECRIM

Aspecto importante e que deve ser ressaltado é a possibilidade de utilização da revisão criminal diante das decisões do Tribunal Popular do Júri. Como se sabe, a Constituição Federal define, entre suas garantias, a soberania dos veredictos, não podendo o Tribunal de Justiça, em grau de recurso de apelação, modificar as decisões de mérito, mas apenas remeter a novo julgamento.

A revisão criminal, por sua vez, é apresentada perante o Tribunal, como ação do réu contra a sentença que lhe condenou e, sendo julgada procedente, com certeza, vai influenciar no próprio mérito da causa. A intenção do réu não é outra, senão, a de buscar a anulação do processo, reduzir a pena ou a sua absolvição.

Nas duas primeiras hipóteses, de anulação do processo e de redução da pena, não há dúvidas sobre a aplicabilidade da revisão criminal, pois tais atos são realizados pelo magistrado de primeira instância e não pelo próprio Tribunal do Júri, sendo amplamente possível a interposição da rescisória penal em tais casos, podendo o Tribunal determinar a nulidade ou a redução da pena.

Maior questionamento surge na hipótese de ter sido o réu condenado pelo júri e, após o trânsito em julgado, ingressar com a revisão criminal perante o Tribunal, visando à modificação da sentença condenatória. Ou seja, visando à alteração do mérito da causa.

Poderia o Tribunal de Justiça, por exemplo, absolver o acusado diretamente, em sede de revisão criminal, mesmo tendo sido condenado pelo Tribunal Popular do Júri? Tal decisão estaria indo de encontro ao princípio constitucional da soberania dos veredictos?

Vale ressaltar, ainda, divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Tal divergência está relacionada, principalmente, em relação ao resultado do julgamento da revisão criminal. Seria possível ao Tribunal varar o mérito da decisão do Júri, substituindo a decisão por outra de caráter absolutório? Ou caberia ao Tribunal revisionante apenas remeter o réu a novo júri, considerando a soberania dos veredictos¹⁷⁴?

Como se vê, a orientação jurisprudencial do STJ indica a necessidade de novo júri, mesmo em sede de revisão criminal. Entretanto, é possível a utilização da revisão criminal, mesmo nas decisões do Tribunal Popular do Júri para determinar diretamente a absolvição. Inicialmente, percebemos que a revisão criminal busca a modificação de uma sentença injusta, o que, de fato, beneficia quem foi condenado injustamente.

Aliás, o Tribunal do Júri também pode decidir equivocadamente e, se é esse sentimento que move a revisão, ou seja, a prevalência da justiça sobre a certeza, nada deve obstar que tal

¹⁷⁴ Veja a jurisprudência do STJ sobre o tema: “RECURSO ESPECIAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RETIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO TESTEMUNHAL. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Ao Tribunal do Júri, conforme expressa previsão constitucional, cabe o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo-lhe assegurada a soberania dos seus veredictos. 2. Por outro lado, o ordenamento jurídico assegura ao condenado, por qualquer espécie de delito, a possibilidade de ajuizar revisão criminal, nas hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal. 3. In casu, o recorrente foi condenado pelo delito de homicídio qualificado, tendo transitado em julgado a sentença. Com base na retificação de depoimento testemunhal, foi apresentada revisão criminal, em que se pleiteava a absolvição do requerente, por ausência de provas. 4. Considerando-se que o Tribunal de Justiça julgou procedente a revisão criminal para **determinar a realização de novo julgamento popular, com fundamento na soberania dos veredictos, não merece reparo o aresto objurgado por estar em consonância com julgado desta Corte Superior**. 5. Recurso desprovido. (REsp 1172278/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 13/09/2010). (grifos nossos).

objetivo seja alcançado. Ademais, o valor da justiça deve prevalecer, também, sobre a soberania dos veredictos, por ser o valor máximo do direito¹⁷⁵.

Como se vê, a soberania dos veredictos foi instituída para dar efetividade às decisões do Tribunal do Júri, logo, não há óbice na utilização da revisão criminal, mesmo quando utilizada para impugnar suas próprias decisões.

No que tange ao Juizados Especiais Criminais, a Lei 9099/95 foi responsável pela sua criação, atendendo a ditame constitucional previsto no art. 98, I, para a apuração dos crimes de menor potencial ofensivo. Inicialmente, o art. 61 da referida norma, definiu tais crimes como aqueles cuja pena máxima não fosse superior a 01 ano, excetuados, os crimes que seguissem um rito especial bem como as contravenções penais.

Com a edição da Lei 10.259/01 e a conseqüente criação dos Juizados Especiais Criminais Federais, o conceito de crimes de menor potencial foi alargado para aqueles cuja pena máxima não fosse superior a 02 anos, sem qualquer ressalva sobre o rito

Hoje, a Lei 11.313/2006, que alterou o art. 61 da Lei 9.099/95, dirimiu qualquer dúvida sobre o conceito de “crime de menor potencial ofensivo”, fixando sua competência para crimes que possuem pena máxima não superior a dois anos¹⁷⁶.

Logo, na atualidade, são considerados delitos de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não seja superior a 02 anos, independentemente do rito especial, seja de competência Federal ou Estadual.

Para esses crimes, também é possível a interposição da revisão criminal, embora a Lei

¹⁷⁵ Na visão de Walter Acosta: “A soberania dos julgados do júri, segundo a jurisprudência assente, não vai além das instâncias ordinárias, de forma que, em revisão criminal, poderá ser adotada qualquer das quatro hipóteses acima, inclusive ser absolvido o réu que o júri condenara”. (ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria e prática, jurisprudência e organogramas*. 14.ed. [S.l.]: Coleção Jurídica da editora do autor, 1979, p.373). No mesmo sentido Eugênio Pacelli de Oliveira: “A revisão criminal deve ser utilizada ainda quando das decisões do júri: E assim nos parece porque o princípio da soberania dos veredictos e mesmo a garantia do próprio Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida foram instituídos *em favor dos interesses da defesa*. E por isso são garantias constitucionais individuais. Ora, a admissibilidade de uma revisão desses julgados *em favor do condenado* mantém-se na linha da preservação dos interesses da defesa, vedado que é, também ali, a *reformatio in pejus* (art. 626, parágrafo único, CPP), devendo ser recebida como mais uma garantia posta à disposição do cidadão [...]. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.890-891).

¹⁷⁶ Para Rômulo Moreira: “Agora o conceito de infração de menor potencial ofensivo está previsto apenas na lei 9.099/95, excluindo qualquer outro entendimento que adotasse duas definições a respeito daquela infração penal. A propósito, a expressão ‘para os efeitos desta lei’ é de uma inutilidade ímpar, pois o conceito é para o sistema jurídico-penal brasileiro; se assim não o for, qual a competência dos Juizados Especiais Criminais Federais? O que seriam aquelas infrações penais de menor potencial ofensivo previstas no art. 2, caput da lei n. 10.259/2001?”. (MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Juizados Especiais Criminais*. Salvador: Juspodivm, 2007, p.16).

9.099/95 seja silente quanto a essa admissibilidade. Embora se aplique subsidiariamente o Código de Processo Penal no que tange aos Juizados Cíveis, o art. 59 da Lei 9.099/95 foi expresso no sentido de impedir a aplicabilidade da ação rescisória: “Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta lei”.

À primeira vista, poder-se-ia imaginar que a vontade do legislador, em virtude, até mesmo, da celeridade processual, da informalidade e da simplicidade, princípios trazidos pelo art. 2º. da Lei 9.099/95, seria a de tornar impossível, também, a rescisória penal.

No entanto, tal entendimento não procede, por ser a revisão criminal, verdadeiro direito fundamental do cidadão¹⁷⁷. Ora, se a revisão criminal tem por fundamento o erro judiciário, não há dúvida de que esse erro também poderá ocorrer nos crimes de menor potencial ofensivo, e a revisão dessa decisão gravemente injusta é direito do condenado, não importando o tipo de condenação criminal.

Embora a consequência desses crimes não seja, via de regra, uma pena privativa de liberdade, outras consequências surgem com a condenação criminal, a exemplo da perda da primariedade, a possibilidade de gerar reincidência, o lançamento do seu nome no rol dos culpados, bem como tornar certo o dever de indenizar o dano, fatos que ferem o *status dignitatis* do cidadão. Dessa forma, é possível a revisão criminal em sede de crime de menor potencial ofensivo, devendo o interessado ingressar, via de regra, perante as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Criminais.

3.9 A REVISÃO CRIMINAL E A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* – O NECESSÁRIO ESTUDO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Como visto anteriormente, a coisa julgada penal é considerada de forma absoluta, somente se

¹⁷⁷ Neste sentido, vale colacionar o entendimento de Tourinho Filho tratando sobre a possibilidade de revisão criminal em sede de Juizados Especiais Criminais: “E a revisão criminal? Trata-se de uma garantia do cidadão. Embora não prevista nos incisos do art. 5º. da CF, embute-se no seu § 2º., porque decorrente dos princípios adotados pela Magna Carta. Na revisão, a competência se desloca para o Tribunal de Justiça ou de Alçada, dependendo da hipótese concreta, nos termos do art. 624, II, do CPP, mesmo porque não há no Juizado Especial Criminal órgão que possa atuar como juízo revidendo [...]”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003 A, p.138). Para Antônio Scarance Fernandes: “[...] quanto à revisão, a própria lei 9.099/95 deixou implícita sua recepção, ao excluir expressamente a rescisória nas pequenas causas cíveis (art. 59), sem semelhante disposição na parte criminal [...]”. (FERNANDES, Antônio Scarance *et al. Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9099/95*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997, p.175).

não houver qualquer razão para justificar a sua mitigação em favor do condenado. Assim, pode-se afirmar que a coisa julgada em matéria penal é regida pela cláusula *rebus sic stantibus*. Ou seja, se nada se transformar substancialmente na realidade do condenado após o trânsito em julgado, deverá ele amargar o cumprimento integral da pena, sem qualquer benefício e, neste caso, os efeitos da coisa julgada não teriam qualquer mitigação. Porém, se algumas situações forem constatadas, que justifiquem o abrandamento desta ou sua modificação, se for para beneficiar o condenado, afasta-se o respeito à coisa julgada de forma absoluta e permite-se que o título executivo não seja cumprido tal qual prolatado, pois deverá adequar-se à realidade do condenado que, certamente, não é a mesma pessoa da data da sentença que, por sua vez, já não era a mesma da data do crime. Podemos, então, fazer uma analogia: a coisa julgada penal deve ser cumprida de forma absoluta, enquanto não advierem modificações essenciais no homem condenado ou fatos razoáveis que possam justificar a sua mitigação¹⁷⁸.

A regra, então, seria a seguinte: se em relação ao condenado não se verificar nada que justifique a antecipação ou abrandamento do cumprimento da pena, o limite será a sentença transitada em julgado que, então, será um ponto definitivo que deve ser respeitado sem ressalvas. Ao contrário, se no exercício da individualização da pena constatar-se que o homem-condenado traz consigo elementos que justifiquem a antecipação ou abrandamento da sanção, não haverá razão para negar esse reconhecimento e, neste caso, a coisa julgada será apenas um ponto de partida, mitigada a depender da situação que justificou a individualização. Assim, se após o trânsito em julgado advierem novos fatos, é razoável que os efeitos da coisa julgada não subsistam, porque baseados em conceitos unívocos determinados relativamente, passível, portanto, de modificação futura, dada a dinamicidade do ser humano. Daí dizer-se – a coisa julgada na execução criminal é regida pela cláusula *rebus sic stantibus*. Delimita-se, num primeiro momento, a pena de forma ideal. Tão logo advenham as transformações do homem e de sua realidade, durante o cumprimento da pena, é preciso, então, reconhecer novos limites para esta, adequando-a à nova realidade¹⁷⁹.

Para Aline de Paula e Alexandre de Paula, no Código de Processo Civil, encontra-se disposto

¹⁷⁸ COSTA, Gerdinaldo Quichaba. A coisa julgada e o princípio da individualização da pena: imutabilidade ou ponto de partida? *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte – MG, nos dias 22, 23, 24 e 25 de junho de 2011, p. 5287.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.5292.

no art. 471, I, a coisa julgada *rebus sic stantibus*¹⁸⁰: “Art. 471 - Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: “se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”. Para os referidos autores, a coisa julgada paralisa a decisão proferida, na qual permanecerá intacto o processo senão sobrevier uma modificação do fato ou do direito. Ainda de acordo com o artigo 471, I, do Código de Processo Civil, o juiz não poderá decidir questões jurídicas já decididas na mesma lide, somente quando houver mudança do estado de fato e de direito. O que se pode concluir é que haverá uma nova ação oriunda de uma nova causa de pedir. A coisa julgada *rebus sic stantibus*¹⁸¹ manifesta-se nas relações jurídicas continuativas, de modo que, havendo mudança dos fundamentos do pedido, ensejará a possibilidade de ingresso de nova ação, não atingindo a coisa julgada, que permanecerá intacta nos seus limites objetivos¹⁸².

Como visto, a revisão criminal fica adstrita à cláusula *rebus sic stantibus* que tem sua origem na teoria da imprevisão¹⁸³. Mudando as circunstâncias fáticas ou jurídicas que envolveram o

¹⁸⁰ Sobre o tema vale ressaltar a jurisprudência do STF: “AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011)”

¹⁸¹ Sobre a coisa julgada *rebus sic stantibus* vale destacar a jurisprudência do STJ: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECLAMAÇÃO. OFENSA À AUTORIDADE DO STJ. ACÓRDÃO HOMOLOGATÓRIO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. DECISÃO JUDICIAL NACIONAL SOBRE O MESMO TEMA. QUESTÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA. COISA JULGADA REBUS SIC STANDIBUS. OFENSA NÃO CONFIGURADA. 1.- O acórdão deste Superior Tribunal de Justiça que homologou a sentença estrangeira assinalou que ela estava submetida à cláusula *rebus sic standibus*, por versar sobre questões de direito de família. Admitiu, nesses termos, que as disposições contidas em referida sentença poderiam ser modificadas em ação revisional a ser proposta, inclusive na Justiça brasileira, caso alteradas as condições fáticas que ensejaram a sua edição. 2.- No caso dos autos, a decisão produzida pela Justiça Nacional que alegadamente teria confrontado os termos da sentença estrangeira homologada, muito embora havida em uma ação que não se intitulava como revisional de guarda e alimentos, possui caráter revisional. Não restou configurada, assim, afronta à autoridade desta Corte Superior. 3.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg na Rcl 16.120/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/03/2014, DJe 27/03/2014)”

¹⁸² PAULA, Aline Seleguim de; PAULA, Alexandere Sturion de . A relativização da coisa julgada no direito previdenciário. *Revista Científica Sensus: Direito*, v.1, n.6, Janeiro-Junho, 2013, p.26-27.

¹⁸³ Sobre o tema vale transcrever o entendimento de César Fiuza: “Foram diversos os esforços dos mais célebres juristas, no sentido de dar suporte teórico à cláusula *rebus sic stantibus*. Se, desde a Antigüidade, a cláusula já se

caso penal, desde que para beneficiar o réu, é possível ingressar com a rescisória penal com o objetivo de ver-se restituída a liberdade ambulatorial do condenado ou a redução da sua pena.

Ora, a revisão criminal deve ser apresentada quando surgirem mudanças das circunstâncias fáticas ou jurídicas. Com isso, se, por exemplo, surgir lei nova que seja mais benéfica ao réu, seja uma *lex mitior* ou uma hipótese de *abolitio criminis*, deve o condenado ingressar com a revisão criminal, com o objetivo de ver sua situação processual modificada.

De outro lado, se analisarmos outra hipótese do artigo 621 do CPP, como o surgimento de novas provas da inocência do condenado ou de hipótese que autorize a redução da pena, também neste caso surge uma circunstância nova, aqui de ordem fática, que vai melhorar a situação do condenado. Se no decorrer do cumprimento da pena surgir uma prova que autorize modificação dos fatos, é caso de revisão criminal.

Como se vê, a modificação do fato ou do direito, repita-se, sempre quando for realizada para melhorar a situação do condenado, servirá como fundamento para a revisão criminal. Por isso, a coisa julgada penal, nestas hipóteses, é regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, sendo, inclusive, irrelevante o fator temporal, visto que a revisão pode ser apresentada a qualquer tempo.

Advém disso que, em muitos casos, pode ocorrer a mudança do direito no âmbito jurisprudencial. A lei permanece inalterada, mas ocorre mudança da interpretação realizada pelos juízes. Determinada matéria penal que vinha sendo interpretada em desfavor do réu passa a ser interpretada favoravelmente. Neste caso, estamos diante da superação de um precedente que tornou a interpretação mais favorável ao réu.

Entretanto, a mudança jurisprudencial não está prevista no rol de hipóteses do art. 621 do CPP, visto que a revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente

fazia presente no ideário jurídico, foi só nos tempos atuais que se procurou justificá-la, do ponto de vista doutrinário. A teoria mais amplamente propalada, para dar alicerce à *rebus sic stantibus*, é, sem sombra de dúvida, pelo menos entre nós, a teoria da imprevisão. Há outras, entretanto. A teoria da imprevisão foi desenvolvida na França, baseando-se na equidade e no princípio da boa-fé. Colidindo os princípios da obrigatoriedade contratual e o da boa-fé, prevaleceria este, em certas circunstâncias: contrato de execução futura, durante cuja execução ocorressem circunstâncias imprevisíveis que agravassem a situação de uma das partes. O centro é a imprevisibilidade do evento futuro e incerto". (FIUZA, César. Aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos aleatórios. *Revista de Informação Legislativa Brasília* a. 36, n.144 out./dez. 1999, p.8).

falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Pela simples leitura do Código de Processo Penal ou das leis não codificadas, pode-se perceber que não há nenhuma norma específica que trate da possibilidade de revisão criminal quando da superação de um precedente. Sendo assim, pode-se dizer que estamos diante de um caso de lacuna no ordenamento jurídico.

Mudando-se o entendimento dos Tribunais Superiores sobre determinado tema, superando-se o precedente judicial, em virtude do próprio amadurecimento jurisprudencial, tal fato, se for mais benéfico ao condenado, deve ser aplicado ao caso penal, mesmo sem previsão expressa em legislação específica. O argumento simplório de ausência de previsão legal, por si só, não se sustenta e não deve ser impeditivo para a aplicação da mudança jurisprudencial em sede de revisão criminal. Só com a aplicação do *overruling* será possível realizar o acesso à justiça visto em seu conteúdo material.

3.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a superação do precedente o Tribunal muda o seu entendimento, suplantando aquela jurisprudência arcaica, dando ao condenado a oportunidade de ver a sentença condenatória ser reexaminada, desta feita, com base nos novos fundamentos jurisprudenciais. Embora a coisa julgada mereça total proteção do ordenamento jurídico, em alguns casos excepcionais, o *overruling* demonstra claramente a superação do entendimento jurisprudencial, sendo uma ofensa à liberdade a manutenção da condenação criminal. Nestes casos, a proteção à coisa julgada não se justifica pela ofensa à liberdade ambulatorial, bem com, em última análise, ao próprio sentimento de justiça.

Em virtude disso, torna-se imperioso o estudo dos precedentes judiciais e, mais especificamente, das técnicas de superação deste com atenção especial ao *overruling* e sua aplicação como fundamento para a revisão criminal, temas que serão tratados nos capítulos seguintes.

4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS

4.1 GENERALIDADES

É cada vez maior a influência da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Tal influência é tão grande que no Novo Código de Processo Civil a teoria dos precedentes ganhou um capítulo próprio. Entretanto, não é apenas a mudança legislativa a responsável pela crescente utilização do sistema de precedentes no Brasil, país com origem na tradição jurídica do *civil law*.

Deve-se destacar também que os Tribunais Superiores, na atualidade, passaram a influenciar, de maneira mais direta, os comportamentos sociais. O Supremo Tribunal Federal, principalmente em virtude de julgamentos recentes, ganhou a mídia nacional. Cidadãos comuns passaram a acompanhar os julgamentos dos tribunais superiores em tempo real e a pautar suas condutas com base nestas decisões. Os precedentes judiciais saíram da posição de decisões com efeitos apenas entre as partes, com reflexo endoprocessual, para ganhar o cotidiano popular e influenciar a vida de milhões de brasileiros.

A influência da tradição jurídica do *common law*, o crescente uso da teoria dos precedentes no direito brasileiro e a tendência da uniformização jurisprudencial, com a criação de súmulas vinculantes, trouxeram novos contornos ao sistema brasileiro. A lei permanece como principal fonte do direito, mas torna-se clara a expansão do uso dos precedentes no Brasil.

4.2 A TRADIÇÃO JURÍDICA DO *COMMON LAW*

O mundo ocidental vê-se dividido em duas grandes tradições jurídicas. O *civil law* e o *common law*. No início da sua formação o *civil law* era baseado, especificamente, no primado da lei. O juiz devia respeito à lei, não devendo, em nenhuma hipótese, afastar-se dela. Era uma forma de controlar a decisão dos juízes, que, após Revolução Francesa, não gozavam de bom conceito. O *common law* evoluiu de maneira diversa. Os juízes eram respeitados e considerados verdadeiros juristas; e em virtude disso, suas decisões passavam a ser referência

para os julgamentos futuros.

Assim, percebe-se que o *civil law* e o *common law*¹⁸⁴ possuem origens históricas distintas, o que levou à formação de tradições jurídicas diferentes¹⁸⁵, definidas por institutos e conceitos próprios. Como dito anteriormente, o *civil law* carrega dogmas provenientes da Revolução Francesa que ainda servem para negar conceitos e institutos que se mostram indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei. Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo, há notória resistência, para não dizer indiferença, a institutos do *common law*¹⁸⁶ de grande importância ao aperfeiçoamento do

¹⁸⁴ Sobre o tema, vale destacar o entendimento de John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo: "As diferenças existentes nos sistemas jurídicos refletem o fato de que durante séculos o mundo foi dividido em estados individualizados, sob condições intelectuais que valorizavam a importância da soberania, o que levou a uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais. Neste sentido, não seria correto dizer que há o sistema da *civil law* ou o sistema da *common law*. Ao contrário, muitos sistemas jurídicos diferentes existem dentro de cada um destes grupos ou famílias. Mas o fato de que muitos sistemas jurídicos são reunidos sob a mesma rubrica como *civil law*, por exemplo, indica que estes têm alguma coisa em comum, algo que os distingue dos sistemas jurídicos classificados como *common law*. É exatamente esta comunhão única - que aqui é tratada como tradição jurídica - que torna possível integrar os sistemas jurídicos da França e da Alemanha a um sistema jurídico mais amplo, o da *civil law*" (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p.22).

¹⁸⁵ Vale ressaltar a doutrina de Michele Taruffo: "*Continuando con el discurso sobre el plano de la comparación de modelos y viniendo a cuento en la relación entre ordenamientos procesales de civil law y de common law, parece oportuno liberar el tema de algunas contraposiciones tradicionales, que han sido frecuentemente utilizadas para expresar diferencias consideradas fundamentales entre los dos tipos de ordenamientos, pero que aparecen desde hace tiempo superadas e incapaces de proveer conocimientos confiables. En realidad, no se trata de descripciones completamente falsas en sentido descriptivo, sino de imágenes que quizás puedan haber tenido algún significado en el pasado, y quizás estén doradas de alguna eficacia alusiva todavía hoy, empero, que han sido indebidamente consideradas como esenciales al objeto de trazar la distinción entre los dos tipos de ordenamientos procesales. Independientemente de su veracidad representativa, se ha tratado de modelos que han sido contruidos sobre la base de precisos proyectos culturales, vale decir, con el fin de poner en particular evidencia para exaltar el valor o criticar la presencia- algunos aspectos de los varios sistemas procesales que se confrontaban. Hoy la crítica que se puede dirigir al empleo de estos modelos, no se refiere tanto al hecho de que ellos provean de falsas representaciones de la realidad (a pesar de que esto acontezca con bastante frecuencia, sea por ignorancia o falta de actualización de las informaciones), sino a que ellos hayan estado quizás estrechamente conectados con elecciones de valores o de sistemas dirigidos a privilegiar problemas y soluciones que ahora aparecen de menor interés*". (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Metropolitana, 2009, p.230).

¹⁸⁶ Para Andréia Costa Vieira, devemos levar em consideração outras nomenclaturas: "Mundialmente a *Common Law* é conhecida em contraposição à *Civil Law*. Optamos pela não tradução da expressão '*Common Law*' (que literalmente seria 'direito comum') por não ser usada e nem adequada. Muitos autores preferem denominar esse sistema segundo sua origem e, em contraposição à expressão Direito Romano-Germânico, usam a expressão Direito Anglo-Saxão ou Direito Anglo-Americano. Utilizaremos aqui também estas outras expressões por considerarmos que também traduzem bem esse sistema legal" (VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p.16).

nosso direito, como é o caso do respeito aos precedentes¹⁸⁷.

Das diferenças entre as tradições do *common law* e do *civil law*¹⁸⁸ pode-se destacar que enquanto o continente considerava necessária a elaboração de códigos, como instrumento da modernidade, a Inglaterra não reconhecia essa necessidade e os dispensava. Importa destacar que o que essencialmente diferencia as tradições não é a simples adoção ou não de códigos, pois a diferença reside na ideologia que está por trás dessas tradições, o modo como o código é concebido e quais funções deve desempenhar. Ainda pode-se destacar como diferença quem figura como agente principal nas tradições, pois no *civil law* o agente que detém maior prestígio é o doutrinador, o jurista acadêmico, ao passo que os legisladores e juízes estão sujeitos à influência desse ator principal. Por sua vez, o agente principal no *common law* é o juiz, visto como um “oráculo do direito”, enquanto que os docentes do direito são vistos como pessoas que ensinam porque não tiveram sucesso na profissão forense¹⁸⁹.

As diferenças históricas, com o passar do tempo, perderam espaço, e um sistema passou a influenciar o outro. Hoje, diversos institutos oriundos de uma determinada tradição jurídica, em virtude da globalização, passaram a integrar a outra, com suas peculiaridades, ganhando, às vezes, novos contornos específicos.

Para John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo o mundo do *common law* não está isolado do mundo do *civil law*. Como integrantes de uma história ocidental, estas tradições jurídicas possuem múltiplos contatos e influências recíprocas. A Constituição dos Estados

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p.12.

¹⁸⁸ Veja ainda: "Nous avons vu que la règle du précédent pouvait, à première vue, susciter la confiance envers la jurisprudence des tribunaux en droit civil. Examinons maintenant les certitudes et les incertitudes se rattachant au précédent judiciaire et à l'usage qu'en font les tribunaux. Le statut, le rôle et l'autorité de la jurisprudence sont fondamentalement différents en droit civil et en common law. Premièrement, la jurisprudence en droit civil est une source secondaire de droit; deuxièmement, son rôle n'est pas d'assurer la cohérence et la stabilité du droit mais plutôt d'appliquer une loi générale et abstraite à des situations concrètes; troisièmement, sa fonction n'est pas de contraindre les tribunaux mais bien de les guider. La common law repose sur la jurisprudence et obéit à un raisonnement inductif, allant ainsi du particulier au général, c'est-à-dire partant d'un cas particulier pour en tirer une règle applicable (sous forme de jugement). Le droit civil quant à lui repose sur la loi et obéit à un raisonnement déductif, allant ainsi du général au particulier, c'est-à-dire partant d'une règle générale (la loi) pour l'appliquer à un cas particulier. Le statut de la jurisprudence, qui est la première source du droit en common law, est donc hiérarchiquement inférieur en droit civil, où la jurisprudence ne sert officiellement qu'à interpréter le droit et non pas à le créer, ce qui est d'abord le rôle de la loi". (LEMIEUX. Charlotte. Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste. *Revue de droit de l'Université de SHERBROOKE*, n.29, 1998-1999, p.234)

¹⁸⁹ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.40-44, 2010.

Unidos, por exemplo, na visão dos autores, sofreu grande influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme sobre a América Latina e a Europa. O controle de constitucionalidade está enraizado em ambas as tradições. Outro exemplo é o instituto jurídico do *condominium*, uma invenção do *civil law*, que foi recepcionada nos Estados Unidos, enquanto que muitos sistemas do *civil law* incorporaram um instituto típico da *common law*, como o *truste*¹⁹⁰.

Em que pesem alguns institutos serem utilizados nas duas tradições jurídicas¹⁹¹, o *common law* se desenvolveu com reduzida influência do direito romano, com base, principalmente, nas decisões judiciais. Pode-se dizer, então, que o *common law* se distingue do *civil law* por ser um direito histórico que tem como característica um *judge made law*¹⁹², visto que a jurisprudência é de extrema importância no sistema jurídico, por ser um direito judiciário não codificado e, por fim, por ter sofrido pouca influência do direito romanista¹⁹³.

O *civil law* refere-se diretamente ao sistema legal adotado pelos países da Europa Continental e por outros que foram colonizados por eles, como os países da América Latina. O que possuem em comum é a influência do Direito Romano, na elaboração dos seus códigos¹⁹⁴,

¹⁹⁰MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p.25.

¹⁹¹ "A utilização do termo 'tradição' em vez de 'sistema' não é impensada ou casual, isso porque no presente trabalho concebe-se tanto o *Common Law* quanto o *Civil Law* não como sistemas passíveis de uma análise objetiva, como sistemas expressos em instituições, normas e práticas concretas passíveis de uma didática descrição. Não que assim não se possa concebê-las, mas o ponto é que a perspectiva de análise que ora inicia é um pouco distinta: o que se buscará precipuamente nas linhas que se seguem são os traços culturais dessas duas experiências jurídicas, os elementos que denotam um determinado modo de pensar o direito e de atribuir capital simbólico aos agentes partícipes dessas tradições". (DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.41-42).

¹⁹² "Os juízes ingleses, mesmo depois da Revolução Gloriosa, continuaram a poder anular as leis emanadas do Parlamento que estivessem em contrariedade com o direito inglês como um todo, ou seja, com o *Common Law*. Daí a consolidação da doutrina do *judge make law*, ou a possibilidade do juiz dizer/criar o direito da *Common Law*". (ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common Law, judicial review e stare decisis: Uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.18).

¹⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.44.

¹⁹⁴ "Fato marcante da família romano-germânica foi a compilação e codificação do Direito Romano, que cristalizou em textos harmônicos, normas costumeiras, normas escritas esparsas, decisões jurisprudenciais e doutrinárias, juntamente com a obra dos glosadores que, aos poucos, foram, em particular nas universidades medievais dando uma feição racional às soluções casuísticas e assistemáticas dos juriconsultos romanos. Na sua gênese, portanto, nota-se a preocupação com uma ordem racional de conceitos, aparecendo o direito como um sistema: um conjunto de preceitos que deveriam estar agrupados, tal qual um organismo vivo". (SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.27).

constituições e leis extravagantes. É obvio que cada um recebeu grande influência do direito local, mas a origem está diretamente ligada ao Direito Romano e também ao Direito Canônico¹⁹⁵.

Para o presente trabalho interessa, especificamente, a tradição jurídica do *common law* que tem por acepção inicial, na visão de Guido Fernando Silva Soares, a expressão de "direito comum"¹⁹⁶, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei e a ela subordinadas, e que acabaria por suplantar os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra¹⁹⁷. Diferentemente é a expressão *Equity*¹⁹⁸, que está relacionada ao direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de equidade¹⁹⁹.

Somente a partir da primeira metade do século XIX, diante do fortalecimento necessário nas noções de certeza e segurança, é que a *rule of precedente*, ou seja, a regra do precedente, rigorosamente se estabeleceu ao impor aos juízes ingleses a obrigação de recorrer às regras criadas pelos seus predecessores²⁰⁰. Assim, no *common law*, um único julgado é considerado como precedente obrigatório, declarando a existência de uma norma jurídica e a jurisprudência é entendida como fonte primeira formal do direito²⁰¹.

¹⁹⁵ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p.22.

¹⁹⁶ "A unidade política da Grã-Bretanha realizada por Guilherme, o Conquistador, teve consequência direta também a unificação do direito. Esse direito unificado foi chamado 'direito comum', *Common Law*, porque substituíu os direitos particulares anteriormente em vigor". (LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.324).

¹⁹⁷ Neste sentido: "Após a queda do Império Romano do Ocidente, o direito europeu permaneceu em todo o continente, e também na Inglaterra, com características muito parecidas, redominando um sistema de regras não escritas, baseado nos costumes locais. Foi na passagem do século XII para o século XIII que a comunidade européia foi alvo de sensível transformação, que se fez notar também no campo do direito. Antes que o ensino do direito romano-canônico começasse a se espalhar, a Inglaterra, como resultado da invasão normanda e até mesmo em razão da sua posição geográfica, deu início a um processo de centralização das fontes de produção do direito, unindo regiões que até então eram autônomas e independentes. Esse direito comum e uniforme administrado pelo Estado passou a substituir, de forma progressiva, os sistemas jurídicos fragmentários que vigiam até então". (MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo: 2012, p.71).

¹⁹⁸ "Desde a conquista normanda, era possível recorrer em grau de apelação ao rei contra as decisões dos tribunais reais. Em seguida a decisão desses casos foi delegada ao Lorde Chanceler, que era ao mesmo tempo o secretário e o capelão do rei: ele tendia, assim, a decidir os casos com base em normas mais morais do que jurídicas. Por isso, sua jurisdição se chamou equity (equidade)". (LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.330).

¹⁹⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de direito comparado: o que é a "common law", em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v.92, 1992, p.172.

²⁰⁰ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.428.

²⁰¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.53.

Isso não quer dizer que a lei não é importante no *common law*. Ao contrário, a lei possui relevância, mas a tradição jurídica do *common law*, busca na análise da jurisprudência, sua fonte primeira. Trata-se de uma tradição jurídica de natureza eminentemente jurisprudencial.

Para René David a função da jurisprudência se revela para destacar as regras do direito, mais do que aplicá-lo. Desta forma, a jurisprudência adquiriu uma autoridade, na Inglaterra, diferente da adquirida no resto da Europa, vez que as regras estabelecidas pelas decisões judiciárias devem ser seguidas para não destruírem a “certeza” e comprometerem a existência do *common law*. Desse modo, a obrigação de respeitar os precedentes judiciais e a de recorrer às regras estabelecidas pelos juízes, o *stare decisis*, é a consequência lógica de uma tradição jurídica²⁰² de direito jurisprudencial. Proveniente dos processos do *common law*, o direito inglês é essencialmente o *case law*, ou seja, o direito jurisprudencial, cujas regras são, fundamentalmente, as constantes da *ratio decidendi* das decisões dos tribunais superiores da Inglaterra²⁰³.

Como se vê, não é a jurisprudência a única fonte do direito no *common law*. Não se discute que é a mais importante, contudo, outras fontes do direito, como o costume e a lei, possuem relevância jurídica para a tradição do *common law* e norteiam, de igual forma, as decisões submetidas ao crivo dos magistrados.

Neste sentido, Mario G. Losano define como fontes do sistema jurídico do *common law*: a) o costume; b) a lei; c) o precedente judicial. Para o autor, como todos os grandes sistemas jurídicos, também o *common law* absorve e organiza os costumes preexistentes no território britânico. Para ele, os costumes devem ser exercidos em tempo imemorrável, dada a dificuldade de se comprovar a sua existência, sendo considerado costume qualquer uso de que “alguém se lembre”. A lei, por sua vez, na visão do autor, também é fonte do *common law*, entretanto, como o precedente judicial é a principal fonte do *common law*, os juízes sempre interpretaram de modo restritivo a legislação, limitando a incidência desta no referido sistema jurídico. Quanto ao precedente judicial, afirma que o direito britânico é um direito feito

²⁰² Sobre a nomenclatura “tradição jurídica” vale destacar: “Uma tradição jurídica, conforme o próprio termo indica, não é um conjunto de normas legais sobre contratos, empresas ou crimes, embora tais normas sejam quase sempre, em algum sentido, um reflexo daquela tradição. Uma tradição jurídica é, na verdade, um conjunto de atitudes historicamente condicionadas a profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzidos, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”. (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris Editor, 2009, p.22-23).

²⁰³ DAVID, René. *Op.cit.*, 2002, p.408-428.

essencialmente por juízes. A doutrina do precedente é o elo que liga o juiz atual às decisões dos seus antecessores. A situação mais frequente é aquela em que já existe um estável núcleo de sentenças que identificam com clareza a decisão a ser tomada e o juiz, atendo-se a elas, passa a julgar de maneira semelhante, que passará a fazer parte do *common law* na qualidade de "*declaratory precedent*"²⁰⁴.

Essa é a análise clássica do sistema de respeito aos precedentes jurisprudenciais. Neil Duxbury se preocupa com o argumento do *common law* clássico, segundo o qual precedentes estabelecidos pelos tribunais não se limitem a exigir a atenção de outros tribunais, mas se ligam a estes. Esta é a doutrina do *stare decisis*, ou seja, do raciocínio de que as decisões judiciais anteriores devem ser seguidas quando os mesmos pontos surgirem novamente em um litígio. Apesar de ser um erro pensar que os tribunais do *civil law* nunca seguem os precedentes, é justo dizer que o *stare decisis* é doutrina do *common law* e, de fato, um *common law* moderno, e os advogados continentais tendem a pensar os precedentes como argumento persuasivo, ao invés de um argumento de autoridade jurídica²⁰⁵.

Como se verá nas linhas seguintes, o *stare decisis* não se confunde com o *common law*. Em verdade, constitui apenas um elemento do moderno *common law*, que também não se confunde com o *common law* de tempos imemoriais ou com os costumes gerais, de natureza secular, que dirigiam o comportamento dos *Englishmen*. Não é apenas pela circunstância de o *common law* ter iniciado a sua existência muito antes de se falar em *stare decisis* que há distinção entre ambos. Contudo, embora seja certo que o *stare decisis* não é necessário para a existência do sistema de direito material nem para o funcionamento do sistema de distribuição de justiça, alguém poderia dizer que ele é indispensável no *common law*, sob o argumento de que aí as decisões judiciais estabelecem o direito não edificado pelo Legislativo²⁰⁶.

Em virtude disso, torna-se necessário o estudo dos precedentes judiciais e sua influência no direito brasileiro, considerando a importância da jurisprudência como fonte do direito e sua

²⁰⁴ LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.332-339.

²⁰⁵ DUXBURY, Neil. *The Nature of Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p.12-13. "*If there is a basic point to be emphasized, it is that precedents can make all sorts of demands on our attention. Much of this book is concerned with the classic common law argument that precedents set by courts do not merely claim the attention of, but actually bind, other courts. This is the doctrine of stare decisis – i.e., earlier judicial decisions must be followed when the same points arise again in litigation. Although it would be a mistake to think that courts in civil-law jurisdictions never follow precedents, it is fair to say that stare decisis is very much a common-law – and indeed, we will see, a modern common-law – doctrine and that continental lawyers tend to think of precedent as persuasive argument rather than as legal authority*".

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, 2008, p.18.

repercussão nas questões penais.

4.3 NOÇÃO DE PRECEDENTE JUDICIAL

A utilização dos precedentes judiciais no Brasil tem crescido a cada dia, não se podendo mais ignorar tal realidade. Vê-se que esse crescimento decorre não apenas das recentes mudanças legislativas, em razão do Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, em função do papel desempenhado pelas cortes superiores. De simples desconhecidos, passaram os tribunais superiores a ocupar o centro das discussões públicas, pelos mais variados motivos, principalmente no trato das causas criminais²⁰⁷.

Os tribunais superiores passaram a ter grande influência na sociedade, com ampla divulgação midiática das suas decisões, tornando-as mais acessíveis à maioria das camadas sociais. Conseqüentemente, as pessoas, em maior número, passaram a conduzir suas vidas com base nos entendimentos dos juízes, enfeixados nos precedentes judiciais.

No sistema *common law* um único precedente pode vincular outras decisões, como ocorre na Inglaterra, que adota o *stare decicis* da forma mais rígida possível, visto ser rechaçada a ideia de que os precedentes podem ser modificados. Diferentemente, no *civil law*, o precedente serve como diretriz para o julgamento, possuindo uma força estritamente persuasiva. E é com esta ótica persuasiva que o sistema jurídico brasileiro utiliza o precedente, possibilitando que, sem o comprometimento da higidez formal ou da validade técnico-jurídica, uma decisão se distancie do entendimento jurisprudencial majoritário²⁰⁸.

Contudo, vale destacar que o precedente não pode ser confundido com a jurisprudência²⁰⁹,

²⁰⁷ SANTOS, Samuel Bertolino dos. A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. direito e segurança jurídica. *Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú*, v.1, n.1 (ago.2013), p.158-159.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n.216, 2013, p.20.

²⁰⁹ Destaque-se ainda: "No entanto, é notável que a experiência de uso de precedentes no sistema judicial brasileiro tem se revelado acentuadamente diferente daquela dos países de tradição do *Common Law*. Tanto na doutrina, quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência, julgados e precedentes. Nesse processo não é raro que os operadores jurídicos defendam como vinculante jurisprudência preventiva, de modo que o precedente é criado e aplicado ao mesmo tempo. E não apenas as partes sofrem dessa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta a habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Nesse contexto, não é raro que um mesmo órgão jurisdicional profira decisões contraditórias sem tomar o cuidado de harmonizá-las com seu passado

uma vez que aquele pode ser constituído a partir de uma única decisão que lhe seja anterior, como por exemplo, o paradigmático caso *Marbury vs. Madison*, cujo precedente originário foi a possibilidade de o Judiciário realizar o *judicial review* das leis²¹⁰.

Segundo Mariana Capela Lombardi Moreto toda decisão judicial proferida por autoridade judiciária constitui um precedente judicial. Ainda que seja dissonante de todas as outras decisões e assuma posicionamento isolado em relação à matéria de fundo, a decisão proferida por autoridade judiciária é sempre um precedente judicial. O fato de poder ser reformada por decisão recursal posterior, não retira dela essa característica. Para que a decisão seja considerada um precedente judicial, basta que seja proferida por autoridade judiciária. Já a expressão “jurisprudência²¹¹” é diferente, na medida em que pressupõe um mínimo de constância e de uniformização, que se forma a partir da existência de algumas decisões reiteradas num mesmo sentido. De certa forma, pode-se dizer que o conjunto de precedentes judiciais, em determinado sentido, é chamado de jurisprudência. Assim, a jurisprudência representa a tendência dos tribunais de julgar de um ou outro jeito. O precedente judicial, por outro lado, não necessariamente expressa orientação uniforme; pode constituir entendimento isolado do prolator da decisão sobre o assunto em questão²¹².

Como visto, pode-se ter um precedente com apenas uma única decisão judicial. Entretanto, para que este precedente passe a ter relevância jurídica, exige-se que outros magistrados passem a tomar aquele julgado como um paradigma para as demais decisões. Ou seja, a fundamentação do precedente deve ser utilizada por outros juízes, para casos futuros. A

institucional. Observa-se que esse mal acomete os Tribunais Superiores, que carregam a missão constitucional de uniformização da interpretação da Constituição e das leis federais. Quanto à jurisdição ordinária, o problema se torna ainda maior, pois se os julgados das Cortes Superiores encontram-se conflitantes, fica aberto o espaço para sua não aplicação nos juízos ordinários, ou para o surgimento de entendimentos divergentes por essas instâncias inferiores, subutilizando a estrutura constitucional do Judiciário brasileiro". (NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.62, jan./jun, 2013, p.181).

²¹⁰ BRIANEZI, Graziela Parreira. A (ins)tabilidade das súmulas vinculantes no Brasil: uma leitura equivocada da teoria dos precedentes judiciais do sistema *Common Law*. *Revista do Curso de Direito da UNIFOR*, Formiga, v.4, n.1, jan./jun. 2013, p.6.

²¹¹ Veja ainda sobre o tema: "*La jurisprudence est l'ensemble des conceptions juridiques qui sont invoquées en référence, dans une sentence judiciaire, pour élaborer la décision, conceptions qui ne sont pas simplement destinées à permettre d'apprécier le cas d'espece et qui, de ce fait, sont propres à fournir un entere d'appréciation pour les litiges futurs. La jurisprudence est constituée par les conceptions juridiques trouvées, dans des cas litigieux antérieurs, par le juge appelé à en connaître, et susceptibles d'une application générale. Etant donné que la formation du droit par la jurisprudence se distingue de la formation du droit coutumier, la valeur de précédent d'une conception juridique est indépendante du fait qu'elle ait été ou non développée dans une seule décision ou confirmée par une application d'une certaine durée de la part des tribunaux*". (BADURA, Peter. Le rôle de la jurisprudence en droit public allemand. *Revue Internationale de Droit Compare*, n. special, v.6, 1984, p.290).

²¹² MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo, 2012, p.18-19.

jurisprudência exige essa reiteração dos julgados: é o precedente que alcançou a relevância jurídica e passou a influenciar novos julgamentos num mesmo sentido.

Nestes termos, percebe-se que a jurisprudência equivale à faceta geral da decisão judicial, mas que, diferentemente do precedente, é inferida a partir de uma pluralidade de casos, não bastando, pois, uma decisão isolada. Ora, a jurisprudência também constitui ato construtivo do Direito pelos magistrados, que emana, igualmente, de um centro de poder - o Judiciário²¹³.

Para Ricardo Maurício Freire Soares o termo jurisprudência é polissêmico, considerando que pode designar tanto o conhecimento científico do Direito como indicar uma fonte do direito. Para o autor, no entanto, a expressão "jurisprudência" deve ser entendida como a reiteração de julgamentos num mesmo sentido, capaz de criar um padrão normativo tendente a influenciar futuros julgamentos²¹⁴.

No entendimento de Michelle Taruffo quando se trata de precedente²¹⁵ faz-se, como regra, referência a uma decisão relativa a um caso concreto, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos. Para o autor, a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário, nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência, normalmente, a

²¹³ROCHA, Luciana da; MARQUES FILHO, Vicente de Paula. Sobre o precedente e a jurisprudência: aproximação entre sistemas jurídicos sob o enfoque das fontes do direito. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p.1277.

²¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.121.

²¹⁵ "Como demonstrado, há vários pontos críticos na aplicação atual da jurisprudência e principalmente da formação dos precedentes no sistema processual brasileiro. Há que se enfatizar que, para o estabelecimento do precedente como fonte do direito e elemento de formação decisória, várias providências se fazem necessárias: (i) os Tribunais devem consolidar e respeitar seu entendimento institucionalizado; (ii) reformas legislativas no processo civil podem se fazer necessárias, (iii) deve ser adotada uma Teoria dos Precedentes adaptada para a realidade brasileira; (iv) deve haver uma mudança de paradigma e comportamento na prática jurídica, inclusive de iniciativa das partes, a fim de comprometer advogados e julgadores com a aplicação fiel dos precedentes estabelecidos, bem como com a qualidade das decisões proferidas. Deve haver a adoção de uma Teoria do Precedente que esclareça qual a força "vinculativa" das decisões dos Tribunais Superiores. No caso de possuírem força vinculante, deve-se definir mecanismos idôneos de aplicação, distinção e superação do precedente vinculante. Além disso, caso subsista o julgamento por amostragem, é preciso que se julgue os casos precursores com identidade dos fatos, com amplo debate e com aprofundamento jurídico da questão, sendo tarefa das instâncias inferiores manejar com maestria a técnica do *distinguishing*, evitando desse modo a criação de injustiças por meio do *stare decisis* [...] Portanto, verifica-se urgente e extremamente necessário repensar a prática jurisdicional brasileira, aceitando a convergência entre *Common Law* e *Civil Law*, buscando a reforma não só dos institutos de lei, mas também a adoção de uma sólida teoria de precedentes adaptada à realidade brasileira, acompanhada por uma mudança de paradigma e de visão na aplicação de julgados, de modo que magistrados e advogados se comprometam com uma nova prática forense, dentro de um processo democraticamente construído, aplicando-se coerentemente os precedentes formados". (NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.62, jan./jun, 2013, p.204-206).

muitas decisões²¹⁶.

Com isso pode-se afirmar que o precedente judicial²¹⁷ é uma norma geral que se extrai da fundamentação do julgado, criada pela jurisdição, a partir de um caso concreto, a qual pode ser aplicada a outras situações semelhantes²¹⁸. Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para um caso posterior e análogo²¹⁹.

Para Frederick Schauer o precedente é centralmente a obrigação do juiz de tomar a mesma decisão que tenha sido tomada em uma ocasião anterior, sobre os mesmos ou semelhantes assuntos. Isso parece bastante simples, mas que é importante distinguir duas dimensões diferentes de precedente. À primeira decisão pode-se rotular de precedente vertical, que descreve a obrigação de um tribunal acompanhar a decisão tomada pelo tribunal acima dele na hierarquia judicial, sobre a mesma questão, mesmo que essa questão tenha sido suscitada no âmbito de um caso diferente. Quando um tribunal de julgamento toma decisões sobre questões de direito (ao invés de determinar os fatos no assunto particular diante deles), espera-se que ele siga, obedeça, as decisões dos tribunais de segunda instância acima dele, o que pode ser uma analogia à cadeia de comando militar, assim como os tribunais de segunda instância devem, por sua vez, seguir as decisões proferidas pelos tribunais superiores a eles. Para contrastar com este sentido de precedente vertical, há o chamado precedente horizontal, convencionalmente conhecido como *stare decisis*. Entendido horizontalmente, a obrigação de um tribunal não é obedecer a uma decisão do tribunal superior, mas, em vez disso, é a obrigação de seguir uma decisão do mesmo tribunal (embora não necessariamente pelos mesmos juízes) de uma ocasião anterior²²⁰.

²¹⁶ TARUFFO, Michelle. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, 2010, p.142-143.

²¹⁷ Na língua portuguesa, o termo *precedente* significa: que precede, antecedente; procedimento do que serve de critério ou pretexto a práticas posteriores semelhantes. Infere-se, a partir do referido significado, que a análise presente ou posterior de determinada atividade, deve partir ou estar embasada no que já foi previamente observado. Nesse sentido, nota-se que a utilização dos precedentes judiciais no mundo jurídico surgiu através da idealização de que, pela observação de decisões judiciais anteriores, o primado da segurança jurídica seria alcançado no simples desempenhar da atividade jurisdicional. (CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013, p.15).

²¹⁸ MORAIS, Gisela Telles de Menezes. O precedente vinculante na solução das controvérsias. *Revista de Direito da Faculdade Anhanguera de Jacaré*, v.14, n.19, 2011, p.36.

²¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. v.2. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.427.

²²⁰ “Precedent is centrally about the (not necessarily conclusive) obligation of a decision maker to make the same decision that has been made on a previous occasion about the same or similar matters. That seems straightforward enough, but it is nevertheless important to distinguish two different dimensions of precedent.

Neste sentido, uma decisão anterior, cujas razões foram devidamente expostas pelo magistrado, deve ser aplicada a casos similares futuros onde caibam as mesmas razões, pois, somente novas e persuasivas razões poderiam justificar uma nova decisão não semelhante à primeira, que pode ensejar o voluntarismo judicial. Assim, o precedente passa a ser um ponto de partida, ou seja, uma premissa. Por isso, o magistrado afirma a pertinência de uma norma extraída do precedente, para posteriormente aplicá-lo a outros casos semelhantes e concretos²²¹.

Para Lênio Luiz Streck e Georges Abboud o precedente é uma decisão de um tribunal com aptidão de ser seguida pelos magistrados de instância inferior. Entretanto, em sua essência, essa condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos. Para os autores, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais decisões que lhe devem "obediência hermenêutica"²²².

Francisco Rosito, por sua vez, afirma que o precedente judicial é toda decisão anterior com relevância que pode projetar seus efeitos ao futuro, condicionando o comportamento de distintos sujeitos em casos similares, o que denota sua natureza normativa. Para o autor, nem toda decisão judicial se torna um precedente. Embora todo precedente seja uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. O fator transcendental é o diferencial. Muitas decisões judiciais não transcendem a sua relevância para casos futuros. Nesse caso, são apenas decisões judiciais; para se tornar um precedente, deve influenciar casos futuros e semelhantes²²³.

O precedente no modelo judicialista corresponde ao caso já examinado e julgado, vez que representa a decisão primeira sobre determinado tema, sendo considerado como paradigma e

*One, which we can label vertical precedent, describes the obligation of a court to follow the decision made by a court above it in the judicial hierarchy on the same question, even if that question has arisen in a different case. When trial courts make decisions on questions of law (as opposed to determining the facts in the particular matter before them), they are expected to follow – to obey – the decisions of the appellate courts that sit above them in what can be analogized to the military chain of command, just as the first-stage appellate courts must, in turn, follow the decisions made by courts above them. To be contrasted with this sense of vertical precedent is horizontal precedent, conventionally referred to as stare decisis (typically translated as “stand by what has been decided”) (Lee 1999; Wise 1975). Understood horizontally, the obligation of a court is not the obligation to obey a decision from above, but is instead the obligation to follow a decision by the same court (although not necessarily by the same judges) on a previous occasion”. (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stan. L. Rev, 1987, p.1-2.)*

²²¹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.126-127.

²²² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2a. ed. Rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.45.

²²³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.93.

fonte para o estabelecimento das diretrizes a serem seguidas nos julgamentos dos casos posteriores. E, visto que a decisão judicial apenas se ocupa com a solução do caso concreto apresentado, a norma e o princípio jurídico são induzidos a partir dessa decisão²²⁴.

Assim, o precedente é uma decisão judicial de cuja fundamentação se extrai uma norma, que passará a influenciar futuros julgamentos de casos semelhantes. Esta semelhança deverá ser analisada pelo magistrado que utilizará o precedente, evitando-se, dessa forma, que casos análogos sejam julgados de maneira distinta, respeitando-se os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

4.4 O PRECEDENTE JUDICIAL NA DIMENSÃO DA IGUALDADE

O exercício da função jurisdicional submete-se a uma série de mecanismos de controle e legitimação, de que é exemplo o respeito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e seus corolários, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), além da publicidade dos atos jurisdicionais (art. 5º, LX), da vedação à instituição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII), do dever de fundamentar as decisões (art. 93, IX), das regras pertinentes aos impedimentos e à suspeição do magistrado (artigos 134 e 135, CPC), que tentam, de alguma maneira, assegurar a imparcialidade dos juízes. No entanto, toda essa construção teórica sucumbe caso se admita, como algo natural e ineliminável do sistema, a possibilidade de que casos semelhantes recebam tratamento díspar. A independência dos juízes não pode ser entendida como o direito de tratar de modo diferente pessoas que se encontram numa mesma situação jurídica. O dever de fundamentação não pode ser entendido como um requisito meramente formal no exercício da atividade de julgar, devendo o magistrado declinar, em sua decisão, os motivos existentes para seguir ou não seguir determinado entendimento jurisprudencial consagrado nos tribunais. Da mesma maneira, não basta a mera referência vaga e imprecisa a ementas²²⁵ de julgados anteriores, devendo o magistrado mostrar que a

²²⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n.216, 2013, p.18.

²²⁵ Veja a doutrina de Alexandre Morais da Rosa: "Entre a decisão que serve de paradigma e a decisão tomada com base na primeira há um fosso de sentido preenchido pelo imaginário de uma analogia ingênua. A decisão paradigma real é substituída pelo signo simbólico que representa e não raro sua aplicação é imaginária, a saber, ela serve para legitimação de qualquer decisão, ainda mais quando fundamentada exclusivamente em verbetes de ementas. É possível preencher o fosso do Real na ementa de uma decisão. Além do que pressupõe uma condição estática do mundo que se replica. A relação entre uma ementa e o caso que se diz aplicar é arbitrária. E isto é

descrição dos fatos subjacentes à causa permite concluir pela incidência, ou não, de determinado precedente judicial²²⁶.

Impende ao magistrado o dever de atuar simultaneamente de forma criativa e cognoscitiva, contribuindo para o Direito e não apenas o declarando ou reproduzindo uma norma preexistente. Essa atividade contributiva parte de um processo de argumentação que reconstrói o sentido dos textos normativos²²⁷. Essa reconstrução, entretanto, não pode ofender o princípio da igualdade.

Desta forma, frente à responsabilidade do juiz e do tribunal de verificar se a decisão tomada pode ter repercussão futura e ser novamente aplicada, os precedentes contribuem para eficácia do princípio da igualdade. E diante da necessidade da aplicação uniforme da lei, os precedentes são uma importante ferramenta para que, dentro de um liame subjetivo onde há proximidade fática relevante entre os casos, seja dado aos casos futuros o mesmo tratamento dado aos anteriores e assim garantir a segurança jurídica.

Zenon Bankowski, Neil Maccormick, Lech Morawski e Alfonso Ruiz Miguel advertem que haveria uma farsa se a lei fosse sujeita a diferentes interpretações a cada caso, pois seria apenas nominalmente a mesma lei, aplicada a diferentes casos que possuem características essencialmente semelhantes. Deste modo, a uniformidade do direito é uma parte essencial quando se discute a igualdade de tratamento entre casos similares, que se qualificam como similares através de uma determinada e estável interpretação do direito²²⁸.

A eficácia *erga omnes* é também medida imperativa para os casos julgados pelo Poder Judiciário, quando estritamente entendida como efeito do princípio da igualdade, vez que dois cidadãos que se encontram em situações jurídicas análogas não podem obter decisões

ingênuo, mas vende, e faz decisões judiciais". (ROSA, Alexandre Morais da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. Hermenêutica e epistemologia. 50 anos de verdade e método. 2ed. rev.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.130).

²²⁶ SANTOS, Samuel Bertolino dos. A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. direito e segurança jurídica. *Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú*, v.1, n.1 (ago.2013), p.166.

²²⁷ Marinoni entende que para constituir precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso concreto, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. O precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios. 2.ed.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011, p.216).

²²⁸ "This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. the law" (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, Rationales for precedent. *Interpreting Precedents: A Comparative Study.* London: Dartmouth, 1997, p.481-482).

jurídicas diversas²²⁹.

Os que buscam o Poder Judiciário têm a intenção de obter uma decisão racional e justa e, para tal, são imprescindíveis valores como a igualdade de acesso à justiça²³⁰, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo, espécies do gênero igualdade diante da jurisdição. Partindo-se da premissa de que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão, é possível constatar que ela é igualmente dependente de um “consenso” a respeito do significado do direito fundamental afirmado na decisão. Desse modo, vê-se que não é possível a legitimação da jurisdição quando, para casos iguais, são proferidas decisões diversas ou quando à decisão formada pelo tribunal competente para a definição do sentido e do significado dos direitos fundamentais e das normas constitucionais é gerada decisão distinta²³¹.

Nem mesmo em nível teórico é possível admitir que a função judicial limita-se à mera aplicação da lei, assim como conceber que o texto legal apenas possa ter uma interpretação ou significado revela-se uma grande ingenuidade. Note-se que, compreendida como texto legal, a norma possui um significado falho e impreciso por mais correta que pareça sua construção linguística, possibilitando, assim, uma extensa variedade de interpretações. Vê-se, então, que

²²⁹ ZARDO FILHO, Ricardo Leão de Souza. Precedentes reguladores: uma afronta à separação de poderes e à independência judicial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador:Juspodivm, 2012, p.169.

²³⁰ Veja ainda: "Em sua dimensão lógica, o conceito de igualdade encerra três premissas básicas e essenciais às relações jurídicas, observada a ordem: (i) alude sempre a *dois ou mais seres entre* os que reivindicam a condição de iguais; (ii) como consequência, é *imprescindível* se estabelecer um *nexo* entre eles (que devem se encontrar necessariamente *relacionados*); e (iii) assim se estabelece a *comparação* entre todos a partir de uma ou mais *qualidade(s) comum(ns)*, que identifica a igualdade ou a desigualdade. Ademais, o princípio da igualdade é uma exigência dos Estados Democráticos de Direito e, por isso, obriga os poderes públicos a implementarem mecanismos que o tornem efetivo e concreto em favor de todos que não possuem acesso à justiça, à saúde, à educação, à moradia e a outros bens e serviços inerentes à realização da dignidade humana. Nesse sentido, a igualdade não pode ser considerada somente como uma absoluta identidade de situações, fatos ou coisas. Isso explica a razão pela qual a norma jurídica, de uma maneira geral, regula diversas situações em que as desigualdades e igualdades não podem deixar de ser evitadas porque as variantes que integram o cenário da realidade são consideradas, de modo que a igualdade não seja uma proposição vazia e imaginária. Operar a igualdade dentro de uma dinâmica é de tal ordem necessário que, se não conduzida adequadamente, pode levar a uma injustiça. Também aplicar a igualdade de forma mecânica tal qual o braço de um robô, direta e sem critérios conduz a desigualdades. Ademais, cumpre destacar que não é lícito adotar ou criar mecanismos casuísticos [...] Portanto, quando a decisão judicial gera incerteza e perplexidade perante a sociedade, que fica sem saber em qual caso se fez justiça, já que um mesmo Tribunal ou magistrado decidiu casos iguais ou similares de maneira diversas, surgem o problema da legitimidade ética da decisão judicial e a dúvida sobre em qual dos casos o arbítrio preponderou". (CAVALCANTI, João Hélder Dantas. *O direito à igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial*. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Ari Marcelo Solon. Mackenzie/SP, 2007, p.161-174).

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador:Juspodivm, 2012, p.577-597.

a diversidade interpretativa de uma mesma norma, por si só, fundamenta a existência de um sistema de precedentes²³².

Percebe-se que a diversidade de interpretações é inerente ao sistema jurídico, o que não pode ocorrer é que casos semelhantes recebam tratamento diverso, muitas vezes, dentro do mesmo tribunal. Não se está aqui tratando das hipóteses de *distinguishing*, mas sim de casos idênticos que, em virtude da própria desorganização judiciária, recebem tratamentos diferentes, com ofensa ao princípio da igualdade.

É óbvio que as cláusulas gerais²³³, presentes nas legislações atuais, podem gerar interpretações divergentes. Como se sabe, a técnica das cláusulas gerais²³⁴ tem como fundamento a premissa de que dentre os elementos que contribuem para a construção judicial do direito, a lei é apenas um destes. Ao demonstrar que a mera subsunção da lei é insuficiente para solucionar os casos concretos, a técnica das cláusulas gerais concede ao juiz o poder de utilizar outros elementos além dos presentes no texto legal para construir sua decisão,

²³² MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador:Juspodivm, 2010, p.234.

²³³ "Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 303).

²³⁴ Veja ainda: "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA POST MORTEM. PERÍCIA NOS RESTOS MORTAIS DO FALECIDO INCONCLUSIVA. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. NECESSIDADE. COERÊNCIA COM A CONDUTA PROCESSUAL ADOTADA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. 1. Inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil se todas as questões jurídicas relevantes para a solução da controvérsia são apreciadas, de forma fundamentada, sobrevivendo, porém, conclusão em sentido contrário ao almejado pela parte. 2. A jurisprudência do STJ é sedimentada em reconhecer a possibilidade da conversão do julgamento em diligência para fins de produção de prova essencial, como o exame de DNA em questão, principalmente por se tratar de ação de estado. Precedentes. 3. O processo civil moderno vem reconhecendo - dentro da cláusula geral do devido processo legal - diversos outros princípios que o regem, como a boa-fé processual, efetividade, o contraditório, cooperação e a confiança, normativos que devem alcançar não só as partes, mas também a atuação do magistrado, que deverá fazer parte do diálogo processual. 4. Na hipótese, deveria o julgador ter se mantido coerente com a sua conduta processual até aquele momento, isto é, proporcionado às partes a possibilidade de demonstrar a viabilidade na feitura de outro exame de DNA (preenchimento dos requisitos exigíveis) e não sentenciar, de forma súbita, o feito. 4. Além disso, acabou por conferir aos demandantes um direito à produção daquela prova em específico, garantido constitucionalmente (CF, art. 5º, LV) e que não pode simplesmente ser desconsiderado pelo Juízo, podendo-se falar na ocorrência de uma preclusão para o julgador no presente caso. 5. Diante das circunstâncias do caso em questão e da vontade das partes, ainda sendo supostamente possível a realização do exame de DNA pela técnica da reconstrução, é de se admitir a baixa dos autos para a constatação da viabilidade e realização da perícia pleiteada. 6. Recurso especial provido". (REsp 1229905/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 02/09/2014).

conferindo-lhe maior subjetividade²³⁵.

Entretanto, quando se está diante de casos semelhantes, a cláusula geral não é empecilho para a efetivação do princípio da igualdade. Mesmo existindo uma cláusula geral aplicável a determinados casos concretos, a semelhança entre eles será responsável pela similaridade das decisões, ressalvadas as hipóteses de *distinguishing*.

Adriano Barbosa nos remete a uma distinção importante. Os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com cláusulas gerais. Os conceitos jurídicos indeterminados estão previamente estabelecidos em lei e carecem de preenchimento. São como molduras pré-estabelecidas, dentro das quais o juiz insere, como se fora pintura, as peculiaridades fáticas do caso concreto. As cláusulas gerais, para o autor, são muito mais amplas, com um grau de indeterminação muito maior, de tal sorte que, ao aplicar e concretizar os valores e princípios contidos nessas cláusulas, o juiz deverá construir a própria moldura que melhor se adegue à realidade²³⁶.

Ora, como visto, casos semelhantes devem ter resultados semelhantes. Nesse sentido, aplica-se a máxima da *mihi factum, dabo tibi ius*. A coerência da prestação jurisdicional promoverá a universalidade e a unicidade das relações jurídicas entre todos que buscam a solução judicial. A força normativa dos precedentes é adequada para promover a igualdade, permitindo que controvérsias idênticas tenham idênticos resultados²³⁷.

Há ofensa direta ao princípio da igualdade quando uma lei está sujeita a diferentes interpretações, variando de acordo com o caso, pois se trata da mesma lei aplicada a diferentes casos com características essencialmente semelhantes entre si. Desta forma, a uniformidade do direito é um componente essencial da igualdade de tratamento dos casos essencialmente semelhantes, isto é, dos casos que podem ser considerados semelhantes sob uma interpretação estável do direito. É necessário impedir que para casos iguais haja uma multiplicidade de normas jurídicas, o que ocasionaria desigualdade e insegurança jurídica, embora seja possível que o juiz crie a norma jurídica. Desta forma, é possível utilizar o princípio do *common law*,

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador:Juspodivm, 2012, p.577-597.

²³⁶ BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador:Juspodivm, 2012, p.259.

²³⁷ MORAIS, Gisela Telles de Menezes. O precedente vinculante na solução das controvérsias. *Revista vde Direito da Faculdade de Anhanguera de Jacaraí*, v.14, n.19, ano 2011, p.33.

treat like cases alike, ou seja, tratar os casos iguais de forma semelhante²³⁸.

Mesmo nos países de tradição jurídica do *civil law*, não é concebível que casos análogos recebam tratamento jurídico diverso. Se as condições do caso concreto são idênticas, as partes esperam obter o mesmo direito. Somente assim, é possível festejar o princípio da igualdade mas, também, dar ao cidadão a possibilidade de pautar sua conduta social com base nesses julgados, gerando segurança jurídica.

4.5 O PRECEDENTE JUDICIAL NA DIMENSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Quando se trata do tema *precedente judicial* é indispensável abordar o princípio da segurança jurídica. O que se apreende é que a vinculação dos precedentes no Poder Judiciário possui uma medida de calculabilidade que tem como resultado uma previsibilidade acerca da atuação do magistrado, restringindo a função judicial, pois essa atuação futura deve estar em consonância com uma passada.

Não se pode conceber o Estado sem regras de Direito, sejam elas tratados, textos constitucionais, leis ordinárias ou precedentes judiciais. Assim, somente quando um Estado é governado com base em regras pré-anunciadas, claras e inteligíveis, é possível destacar e realizar os valores da segurança e certeza jurídica para proteger os cidadãos contra intervenções arbitrárias. Logo, é essencial que o cidadão saiba como se portar perante o Estado e o que esperar deste, vez que a previsibilidade é essencial à vida dos cidadãos para que condicionem seu comportamento com respaldo na certeza de qual será a resposta estatal, especialmente quando se tratar de ações em desconformidade com as normas, que exigem do Estado uma solução diante da transgressão à ordem jurídica²³⁹.

Até mesmo em um sistema positivado em normas escritas e pré-estabelecidas em abstrato, como o sistema brasileiro, fruto do *civil law*, os precedentes revelam-se uma viável solução para imprimir ao sistema estabilidade, segurança e previsibilidade, tanto para os cidadãos

²³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.577-597.

²³⁹ POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança jurídica: A previsibilidade. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.157-170.

como para as relações jurídicas²⁴⁰. Afinal, a partir do momento em que o Poder Judiciário brasileiro emite decisões divergentes acerca de situações fáticas semelhantes, todo o sistema vigente perde credibilidade diante do sentimento de insegurança e de imprevisibilidade²⁴¹.

A segurança jurídica emerge como reflexo da necessidade de estabilidade e de um mínimo de continuidade da ordem jurídica, tanto quanto à legislação quanto à produção judicial, vez que é indispensável ao Estado de Direito a uniformidade na interpretação e aplicação do direito, embora na prática dos tribunais brasileiros ainda não haja uma significativa preocupação com a estabilidade das decisões²⁴².

Na prática, não há preocupação estrita com os precedentes judiciais. Cada tribunal julga de acordo com seus conceitos, sem uma preocupação sistêmica e harmoniosa. Por isso, entre tribunais surgem decisões conflitantes e, muitas vezes, contraditórias. Isso vai de encontro à estabilidade do ordenamento, gerando insegurança jurídica.

Diferentemente do *common law*, a busca pela segurança jurídica no *civil law* está fundamentada, como regra, na lei, a qual, por ser considerada completa e conhecida pela

²⁴⁰ Vejamos: "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. INCIDÊNCIA IMEDIATA DA LEI N. 11.960/2009. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SENTIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. MATÉRIA APRECIADA EM RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. RECONSIDERAÇÃO. 1. Nos termos do art. 543-C, § 7º, II, do Código de Processo Civil, é admissível a reconsideração do julgado proferido, para adequar ao entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em recurso especial repetitivo, visando a segurança jurídica e isonomia das decisões. 2. Neste sentido, "o precedente jurisprudencial submetido ao rito do art. 543-C é dotado de carga valorativa qualificada, autorizando-se, até, a desconstituição do julgado proferido na origem para que a matéria recorrida seja novamente apreciada. Faz-se mister salientar que a Primeira Seção do STJ tem admitido o ajuizamento de ação rescisória por violação literal a dispositivo de lei, nos casos em que o acórdão rescindendo diverge do entendimento jurisprudencial pacificado à época da prolação do decisum que se busca desconstituir." (Vide REsp 1001779/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/12/2009). 3. Dessarte, mesmo quando ausentes as hipóteses previstas no art. 535 do CPC, é possível, excepcionalmente, acolher os embargos de declaratórios com efeitos modificativos, a fim de se adequar o julgamento da matéria ao que ficou definido pela Corte no âmbito dos recursos repetitivos. (EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 790.318/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.5.2010, DJe 25.5.2010, grifei). 4. Restou pacificado o tema "sub iudice" no julgamento do REsp 1.205.946/SP (acórdão não publicado), de relatoria do Min. Benedito Gonçalves, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei n. 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, no sentido de que o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, por tratar-se de norma de caráter eminentemente processual, deve ser aplicado sem distinção a todas as demandas judiciais em trâmite. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes". (EDcl no AgRg no REsp 1233288/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 16/11/2011). (grifos nossos).

²⁴¹ POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança jurídica: A previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.157-170.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.559-575.

sociedade, daria garantia de certeza e previsibilidade às relações jurídicas. Isto porque, as respostas para as demandas judiciais estariam já determinadas nos Códigos, os quais seriam o baluarte para tal segurança. Porém, após as mudanças ocorridas com a adoção de constituições democráticas, a interpretação da lei alterou-se substancialmente, já que a partir desse momento é perpassada pelos direitos fundamentais, os quais, pela sua natureza abstrata, só ganham significado no caso concreto. A segurança jurídica no *common law* está baseada nos precedentes judiciais, os quais limitam a decisão do juiz sobre uma demanda judicial, objetivando garantir a coerência e estabilidade nas decisões acerca da mesma problemática. Nesse sentido, uma variedade de decisões judiciais posteriores pode estabelecer, com o decorrer do tempo, uma dinâmica própria sobre determinadas demandas, instituindo regras e princípios a serem acatados pela população, além de ampliar a previsibilidade das consequências jurídicas advindas das ações praticadas pela sociedade²⁴³.

No sistema brasileiro, a Constituição é entendida como um documento vivo com normas gerais, abertas e abstratas, sendo assim, tal conteúdo indeterminado corrobora para as atualizações jurídicas necessárias, ocorridas frente às mudanças sociais. Nesse cenário, a utilização de precedentes está em consonância com a adoção de legislações e constituições democráticas e garantidoras dos direitos fundamentais, posto que a previsibilidade e a estabilidade pretendida pelo seu uso não impedem a modificação de entendimentos jurisprudenciais quando necessárias. Essa visão difere daquela dos doutrinadores influenciados pela tradicional concepção do *civil law*, os quais necessitam de um texto formal codificado para realizar reformas na constituição, reconhecendo-a, então, apenas como um texto impossível de ser ressignificado. Portanto, os precedentes podem promover à certeza, a segurança, a homogeneidade e a previsibilidades das decisões sobre um mesmo assunto sem impedir mutações²⁴⁴.

O tratamento estático dado ao princípio da segurança jurídica²⁴⁵ no ordenamento brasileiro

²⁴³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.243.

²⁴⁴ *Ibidem*, p.239.

²⁴⁵ Sobre o respeito à segurança e aos precedentes judiciais veja o julgado do STJ: "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA RELATIVA À INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONFERIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM AÇÃO RESCISÓRIA. MUNICÍPIO AFETADO POR CITY GATE. PONTO DE ENTREGA DE GÁS NATURAL PRODUZIDO NO PAÍS. INSTALAÇÕES CONSIDERADAS COMO DE EMBARQUE E DESEMBARQUE DO RECURSO NATURAL PARA FINS DE PAGAMENTO DE ROYALTIES. MATÉRIA CONTROVERTIDA À ÉPOCA DO JULGAMENTO DO ACÓRDÃO RESCINDENDO, INCLUSIVE NA PRÓPRIA CORTE DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

não alcança mais espaço; assim, a ideia de que a segurança reporta à inalterabilidade e intangibilidade de decisões é argumento ortodoxo e tradicionalista não mais compatível com a atualidade. Nesse sentido, o momento jurídico atual concebe a segurança como sendo segurança-continuidade, conceito localizado entre a absoluta estagnação e imutabilidade e a ilimitada alterabilidade das decisões consolidadas²⁴⁶.

Assim, a segurança jurídica demanda uma ordem jurídica contínua e estável, especialmente no Estado de Direito, onde a uniformidade de interpretação é essencial. O sistema que afronta a cidadania é aquele que impede que o cidadão tenha consciência dos seus direitos, pois a previsibilidade relacionada às decisões do Judiciário garante a confiabilidade do cidadão nestes direitos.

A ausência de utilização dos precedentes implica grave ofensa à tutela da segurança jurídica, pois garantem a previsibilidade das decisões judiciais, bem como permitem ao jurisdicionado um sentimento de confiança em relação às decisões que foram tomadas no passado e as que virão a ser proferidas no futuro, possibilitando-lhe que preveja as consequências jurídicas para determinado ato ou conduta que exerça.

[...]4. **Esse entendimento tem por suporte a constatação que a segurança jurídica ou a estabilidade das relações sociais não se compraz somente com a aplicação dos ditados das normas (leis) escritas, pois são (até) mais relevantes para esse propósito a compreensão que se emita sobre o sentido, o significado e o alcance daquelas dicções positivadas; essa é a razão pela qual a coisa julgada - e também os precedentes judiciais - devem ser enaltecidos e observados, sob a pena de se estabelecer uma completa imprevisibilidade das soluções das pendências.** 5. O fundamento da Corte Regional de que os equipamentos de city gates, ou quaisquer outros similares (mero gasoduto de transporte, por exemplo), não ensejam o recebimento de royalties, pois, na verdade, consistem em pontos de entrega de gás processado ao mercado consumidor, e não integrante da etapa de exploração do monopólio de gás natural (fls. 558), sob o qual concedeu antecipação de tutela em Ação Rescisória, não era um fundamento que se sustentava sem controvérsias nos Tribunais à época do acórdão rescindendo. 6. Tanto assim que, no âmbito do próprio Tribunal de origem, TRF/5a. Região, a matéria relacionada ao direito à implantação mensal dos royalties em favor dos Municípios que, embora não fossem produtores de gás natural, detinham em seu território instalações chamadas city gates, foi objeto de muitos Recursos Especiais nesta Corte Superior de Justiça (RESP 1.115.194/PE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 13.06.2011, RESP 1.375.539/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 09.10.2013, RESP 1.419.318/AL e RESP 1.416.832/SE, ambos da relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, pendentes de julgamento, RESP 1.412.649/AL, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, pendente de julgamento; em todos a ANP apresenta-se como recorrente, ou seja, os Municípios sagraram-se vencedores no TRF/5a. Região). Entendia o referido egrégio Tribunal Regional que, por considerar os city gates adequados ao conceito de instalação de embarque e desembarque de gás natural, os Municípios nos quais houvesse essas instalações tinham direito à distribuição dos royalties. 7. Ademais, ressalte-se que se trata in casu de tutela antecipada, ou seja, mais rigor e atenção deve ser conferido, tendo em vista que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, faz-se necessário prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou do abuso de defesa ou do manifesto propósito protelatório do réu, máxime em se tratando de Ação Rescisória. 8. Recurso Especial do Município de Paulista/PE provido, apenas para, reformando o acórdão recorrido, cassar a antecipação da tutela sem prejuízo do trâmite da ação no Tribunal de origem, assegurando-lhe a percepção dos royalties, nas bases em que lhe vinha sendo pagos, até decisão definitiva da AR 6.539/PE, no egrégio TRF da 5a. Região". (REsp 1385402/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 12/08/2014). (grifos nossos).

²⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. A Técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. ano 38. v.221. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2013, p.231-232.

Também, a segurança jurídica é essencial para a solidificação do Estado Democrático de Direito, e deve estar em constante harmonia com a justiça, a fim de valorizar a dignidade humana e a cidadania. É um valor fundamental necessário para que a prestação jurisdicional ao cidadão seja justa, pois representa confiabilidade no sistema legal, que deve traduzir os princípios da ampla defesa e do contraditório, da irretroatividade de leis, da legalidade, da igualdade e da dignidade humana.

4.6 A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES

A Constituição Federal, em seu artigo 93, IX, assevera que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões fundamentadas, passíveis de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Logo, tratando-se o precedente de uma decisão judicial, deve respeitar este princípio constitucional.

Para Silvio Luís de Camargo Saíki, o juiz possui certa discricionariedade no momento da decisão judicial. Essa discricionariedade, entretanto, está atrelada ao princípio da legalidade que se revelará por meio da demonstração do bom ou mau uso dessa discricionariedade. A forma como o julgador demonstra o emprego dos institutos é revelada pela motivação da respectiva decisão. Só a fundamentação possui o condão de dar o conhecimento da maneira como foi feito o uso do poder decisório em confronto com os ditames legais e constitucionais. Havendo descompasso entre a decisão e a sua motivação, afrontada estará a Constituição Federal. Isso revela que a motivação também está presente como instrumento processual a garantir a adequação do julgado aos pleitos das partes, forma adequada de distribuição de justiça²⁴⁷.

A utilização adequada dos precedentes judiciais deve obedecer a aspectos essenciais para que o raciocínio jurídico durante o ato de julgar se desenvolva de modo legítimo. Nesse sentido, a decisão baseada em precedentes não deve se pautar em uma reprodução mecânica dos

²⁴⁷ SAÍKI, Silvio Luís de Camargo. A norma jurídica da motivação das decisões judiciais. *Rev. Jur.*, Brasília, v.9, n. 88, dez./2007 a jan./2008, p.5.

mesmos. Destarte, o empréstimo de uma decisão anterior não desobriga o julgador de exibir uma justificção do caso concreto, nem mesmo de apresentar uma argumentação autônoma da lide, como se a decisão anterior utilizada se amoldasse perfeitamente ao caso²⁴⁸.

Ao contrário, a aplicação de um precedente anterior ao caso concreto atual exige não apenas a análise da ementa, o que é muito comum entre os operadores do direito, por ser superficial, mas uma análise aprofundada do caso, com o objetivo de considerar as semelhanças ou diferenças entre eles.

A ausência de fundamentação²⁴⁹ por uso apenas dos precedentes, sem outros argumentos construídos pelo juiz, engendra um Direito sem uma produção jurisdicional complexa e consciente; sendo assim, a atividade do julgador e a decisão em si perdem a qualidade efetiva, há apenas uma aparência de legitimidade. Nesse cenário, a efetividade qualitativa, que envolve mais a solução do caso concreto do que o esquema subsuntivo, se enfraquece, e a decisão é estruturada apenas na tese jurídica, sem vinculação com os fatos²⁵⁰.

Assim, é necessário que a prolação de uma dada decisão seja fundamentada com cautela, pois, além de julgar sobre determinado caso concreto, corrobora indiretamente para a fixação do princípio jurídico assentado na motivação, do qual poderá ser extraída uma norma geral que servirá como precedente para futuros casos análogos. Nesse contexto, a fundamentação da contenda judicial contém dois discursos: um para o caso particular em análise, e outro para a

²⁴⁸ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. ano 38. v.226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez.2013, p.369-370.

²⁴⁹ "A origem do dever de motivação das decisões judiciais remonta à segunda metade do século XVIII, quando o surgimento de pensamentos revolucionários iluministas tomou conta do continente europeu. Desde então, diversos países passaram a incorporar em seus ordenamentos o dever expresso de motivação das decisões judiciais. Em um primeiro momento, a ideia expressava a solução puramente técnica de controle das decisões judiciais, quando então era possível verificar o raciocínio lógico da decisão do magistrado, para melhor fundamentar a impugnação da decisão proferida. O caráter público empregado ao processo, fez com que o cidadão tivesse acesso ao julgamento das controvérsias, no sentido de fiscalizar a legalidade da sentença proferida, através de sua participação democrática no controle externo das decisões judiciais. Na segunda metade do século XX, no período do pós-guerra, o dever de motivação das decisões judiciais foi elevado a nível constitucional em alguns países ocidentais, dos quais, podemos destacar Portugal, artigo 205, da Constituição de 1976; Espanha, no artigo 120, da Constituição de 1978; a Constituição Belga de 1994, em seu artigo 149; na Itália, conforme o artigo 111, da Constituição italiana. Com o Brasil, não fora diferente, pois, em pese já haver previsão expressa no Código de Processo Civil de 1973, a Constituição Federal de 1988, trouxe em seu artigo 93, inciso IX, o dever de motivação das decisões judiciais". (FREITAS, Frederico Loureiro de Carvalho. *Dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao estado democrático de direito*. V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2010, p.362-363).

²⁵⁰SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. ano 38. v.226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013, p.372.

sociedade e para o sistema jurídico²⁵¹.

Logo, a fundamentação da decisão judicial não possui apenas um aspecto endoprocessual na teoria dos precedentes, com interesse apenas para as partes. Há também um aspecto extraprocessual, considerando que a fundamentação da decisão judicial servirá de alicerce para a elaboração da norma jurídica que se extrairá daquele precedente. Com isso, a fundamentação judicial ganha maior importância no sistema de precedentes, visto que será a base para a elaboração da norma jurídica geral, influenciando a vida de outras pessoas que não foram parte naquela relação jurídica, mas que passarão a pautar suas vidas com base nesta norma.

Deste modo, é exigida fundamentação adequada na aplicação do precedente, posto que deve ser demonstrada identidade entre o mesmo e o caso concreto e apresentada a necessidade de adoção, superação ou afastamento. A motivação escoreta dos dois últimos, em especial, é de grande importância, pois o juiz estaria julgando diversamente dos casos semelhantes, anteriores, enquanto deveria, em princípio, dar continuidade a aplicação de certo precedente²⁵².

A ausência de motivação²⁵³ retira da decisão seu caráter jurisdicional, além de infringir o dever de motivação intrínseco ao Estado constitucional brasileiro e relacionado ao princípio do contraditório. Nesse cenário, há que se salientar o problema da extensão do dever de motivação, pois existem julgados que ainda proclamam a ideia de que basta o juiz apresentar as razões de seu convencimento, sem a necessidade de debate para com os argumentos

²⁵¹REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. *Revista de Processo*. ano 38. v.217. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013, p.409.

²⁵² REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. *Revista de Processo*. ano 38. v.217. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013, p.415.

²⁵³ Em casos de prisão preventiva o tema da ausência de fundamentação ganha relevância. Vejamos a jurisprudência: "HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. CRIMES DE TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E RECEPÇÃO. RÉU QUE TEVE ASSEGURADO NA SENTENÇA O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se mostra inadmissível a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, sob pena de violação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Precedentes. - No caso, embora o Juízo sentenciante tenha permitido ao réu o direito de recorrer em liberdade, a Corte Estadual, ao julgar a apelação criminal, determinou a expedição de mandado de prisão, com violação ao dever de fundamentar as decisões judiciais, notadamente em caso de decretação de prisão cautelar, sede em que se mostra imprescindível a demonstração da presença dos requisitos justificadores da custódia antecipada. Habeas Corpus concedido para, ratificada a liminar, deferir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (HC 277.832/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 22/08/2014).

trazidos pelas partes. A existência de tal entendimento encontra-se em desacordo com a nova concepção do direito ao contraditório, na qual a motivação da decisão deve dialogar com a atividade argumentativa das partes, objetivando conferir se houve efetiva influência em juízo²⁵⁴.

Wilson Alves de Souza²⁵⁵ chega a afirmar que a ausência de fundamentação, muito mais do que uma nulidade absoluta, enseja a inexistência do ato. Para o autor, a ausência de fundamentação é a mais grave de todas as ofensas e merece a maior de todas as sanções processuais, a declaração de inexistência.

Bem é de ver-se que a motivação está diretamente relacionada com o tema dos precedentes e, mais especificamente, com a *ratio decidendi*, tema que será tratado no próximo item. Inicialmente, entretanto, pode-se afirmar que, na visão de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, a *ratio decidendi* é uma generalização extraída da decisão que serviu como base para a formação do mesmo. Salienta-se que a *ratio decidendi* não é idêntica à fundamentação da decisão judicial, mas é construída a partir dela. Isto porque, nem tudo que está fundamentado pode ser empregado na composição do precedente, somente questões relevantes e necessárias²⁵⁶.

Assim sendo, da motivação das decisões judiciais se extrai uma norma geral de conduta que passará a influenciar futuros julgamentos. Com isso, os jurisdicionados passam a acreditar na norma geral que se extrai do precedente, como acreditam na norma que se extrai do texto legal. Ambas são fontes do direito e influenciaram comportamentos sociais futuros; disto decorre a necessidade de uniformização da jurisprudência.

No ordenamento jurídico brasileiro, a uniformização de entendimentos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em casos de difícil resolução, envolvendo, em geral, o alcance semântico dos direitos fundamentais, tem se tornado questão complexa e difícil na construção

²⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. ano 37. v.206. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p.62-64.

²⁵⁵ “Por fim, impõe-se concluir que sentença carente de motivação é ato absolutamente ilegítimo que transcende em antijuridicidade, ou seja, é ato de puro arbítrio, de pura e aberta violência, o que significa dizer que não passa de ato caracterizado como juridicamente inexistente, ainda que emanado de agente estatal (juiz) competente dentro de um processo a pretexto de agir em nome do Estado, de maneira que nenhum cidadão está obrigado a cumpri-la, sendo absolutamente legítima e conforme o direito toda e qualquer conduta da parte contra quem se busca dar eficácia a tal tipo de ato no sentido de recusar cumprimento ao mesmo, sem prejuízo de poder exigir que o Estado e o juiz sejam responsabilizados pelo grave ilícito cometido”. (SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.237).

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. ano 37. v.206. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p.70-72.

da fundamentação. Isto porque, cada ministro decide individualmente, apresentando motivações variadas. Há apenas um montante de decisões favoráveis ou não favoráveis que dificulta a formação de uma orientação do Tribunal sobre determinada questão. As motivações divergentes impedem a elaboração de uma *ratio decidendi* para ser utilizada na fundamentação de casos futuros sobre o mesmo assunto²⁵⁷.

Por isso, torna-se indispensável o cuidado na motivação das decisões quando se analisa a teoria dos precedentes, principalmente porque desta fundamentação se extrairá uma norma de conduta a influenciar a vida de muitas pessoas, bem como, torna-se relevante também a influência da fundamentação das decisões judiciais no sistema baseado no *stare decisis*, que será tratado no item seguinte.

4.7 O STARE DECISIS

O *stare decisis* é uma expressão reduzida da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, traduzida, essa expressão significa “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto”. Importa dizer que os tribunais da *common law* sempre se preocuparam em garantir a coesão da jurisprudência, observando os julgados anteriores para solucionar os litígios presentes e futuros. Para os países de língua inglesa, a confiança no precedente sempre foi algo natural. No entanto, somente no século XIX emergiu a regra da obrigatoriedade de seguir as decisões passadas e a conseqüente busca pela segurança jurídica²⁵⁸.

O princípio do precedente pode ser primeiro identificado no final do século XVI, quando os tribunais ingleses começaram a aderir ao costume anterior em matéria de procedimento. No entanto, até os séculos XVII e XVIII não foi desenvolvida a norma substantiva de precedentes nos sistemas de *common law*. Nesse período, os tribunais foram incumbidos da tarefa de “encontrar” a lei, ao invés de “fazer” a lei. A presença de vários casos reconhecendo o mesmo princípio legal aumentou a força persuasiva de decisões judiciais: precedentes tornaram-se mais autoritários quando foram reafirmados por uma sequência de decisões consistentes ao longo tempo. Durante o final do século XVIII e, mais precisamente no início do século XIX,

²⁵⁷BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.267.

²⁵⁸RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.65.

a doutrina do *stare decisis* passou de prática de princípio à noção de autoridade vinculativa do precedente. Até o final do século XIX, foi estabelecida a concepção formal de autoridade vinculativa do precedente. O sistema de precedentes não era mais visto como evidência persuasiva da lei, mas uma das principais fontes de direito²⁵⁹.

Como se vê, o *stare decisis* é legado do *common law* e essencial para a estabilidade, harmonia e consistência do direito costumeiro. Tal doutrina, desde os primórdios, apresenta funções benéficas: considera o passado e a igualdade entre as partes em idêntica situação; impede que o julgador reveja, em cada caso, as mesmas regras de direito; e assegura ao sistema jurídico a pretendida previsibilidade. Contudo, o *stare decisis*, apesar de, na atualidade, ainda considerar tais funções, deve sempre ter sua aplicabilidade e suas limitações examinadas. Nesse panorama, o princípio estabelecido a partir de um precedente considerado relevante, deve ser aplicado pelo julgador, ajustando-se à realidade do caso concreto, para o alcance da melhor decisão²⁶⁰.

O *stare decisis* não se confunde com o *common law*, e curiosamente, não é tão antigo quanto a própria tradição jurídica do *common law*, que tem pouco reconhecimento de autoridade, até os primeiros anos do século XIX. O *stare decisis* é, portanto, como uma ideia relativamente nova, pelo menos quando comparado com a idade do *common law*²⁶¹.

Logo, o *common law* surge antes da técnica do *stare decisis* e com ele não pode ser confundido. Como dito, o *common law*, no seu início, ainda não utilizava a técnica do, *stare decisis*, era um direito baseado no costume, mas sem a utilização dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, por exemplo. O *stare decisis* surge séculos depois do *common law*,

²⁵⁹ "The principle of precedent can first be identified at the end of the 16th century when English courts started to adhere to previous custom in matters of procedure and pleading (Berman & Reid, 1996, p. 446). However, it was not until the 17th and 18th centuries that a substantive rule of precedent developed in common law systems. In that period, courts were entrusted with the task of "finding" the law, rather than "making" the law.⁵ The presence of several cases recognizing the same legal principle increased the persuasive force of judicial findings: precedents became more authoritative when they were reaffirmed by a sequence of consistent decisions over time.⁶ During the late 18th and early 19th centuries, under Bentham's positivist influence, the doctrine of *stare decisis* moved from practice to principle, giving rise to the common law notion of binding authority of precedent". (FON, Vinci; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *Internacional Review of Law and Economics*, 2006, p.521).

²⁶⁰RE, Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n.122, mai./jul. 1994, p.282.

²⁶¹ "Interestingly, *stare decisis* is not nearly as old as the common law itself, having little authoritative recognition until the early years of the nineteenth century (Lee 1999; Wise 1975). That *stare decisis* is thus such a comparatively new idea, at least when compared to the age of the common law, to say nothing of the earliest origins of law itself, may indicate that the values of stability for stability's sake, even when coupled with the related values of reliance and predictability, are far more fragile, contingent and context dependent than many of the other values that underlie the legal system". (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stan. L. Rev*, 1987, p.17).

introduzindo a necessidade de respeito aos precedentes.

No *stare decisis*, durante o processo de aplicação de um precedente, o juiz deve definir qual a *autoridade* do mesmo, se vinculativa ou persuasiva. Na primeira, o princípio extraído do caso antecedente determina o caso posterior. Já com relação ao precedente com força persuasiva, outros elementos complementares devem ser observados para a construção da decisão, definindo o grau de aplicação do precedente bem como seu alcance. Nesse sentido, as circunstâncias do caso concreto delimitam a *autoridade* do precedente²⁶².

Destarte, pode-se afirmar que nem toda decisão possui caráter vinculante no direito inglês ou norte-americano, vez que sempre que se discute a aplicabilidade de um julgado passado no caso presente é essencial discorrer sobre a força, a *authority*, que aproxima os dois casos. Como dito, essa força então pode ser *binding* – obrigatória - ou *persuasive* - meramente persuasiva. Inclusive na *doctrine of stare decisis*, um precedente não vinculante, ou meramente persuasivo, não é fundamento suficiente de uma decisão²⁶³.

Reforçando este pensamento, nos Estados Unidos, os precedentes decorrem da própria estrutura judiciária e do princípio da igualdade, na acepção de que as lides idênticas ou semelhantes devem alcançar a mesma decisão. Nesse contexto, os precedentes podem ser *biding authority precedents* e *persuasive authority precedents*. Para a formação de um e de outro, observa-se a fundamentação da decisão tomada como base para a construção de um precedente, a qual apresenta duas partes: os argumentos fundamentais e os periféricos. Nesse contexto, os primeiros formarão os precedentes com força vinculativa e devem ser obrigatoriamente seguidos pelos julgadores; os periféricos servirão como argumentação jurídica complementar nas decisões e nos votos²⁶⁴.

Assim, *stare decisis*²⁶⁵ é uma técnica de decisão do sistema *common law*, a qual se baseia numa ideia de direito como experiência. Consiste em encontrar os fundamentos da decisão

²⁶² RE, Edward D. *Stare decisis*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n.122, mai./jul. 1994, p.283.

²⁶³ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p.66.

²⁶⁴ CAMBI, Eduardo, FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v.215, jan. 2013, p.220-222.

²⁶⁵ Veja ainda: "Le *stare decisis* est une obligation de *common law* qui soumet les décisions des tribunaux inférieurs à celles des tribunaux hiérarchiquement supérieurs, et qui impose les décisions antérieures aux décisions subséquentes, fussent-elles issues d'une même Cour. La règle du précédent constitue pour sa part une notion civiliste, essentiellement étrangère à la *common law*, et qui crée non pas une obligation de «s'en tenir à ce qui a été dit», mais bien une force de persuasion relevant d'une autorité plus morale et utilitaire que juridique". (LEMIEUX, Charlotte. *Jurisprudence et sécurité juridique : une perspective civiliste*. *Revue de droit de l'Université de SHERBROOKE*, n.29, 1998-1999, p.233-234).

judicial na experiência registrada, objetivando a estabilidade - exigindo adesão às decisões da mesma questão no passado - e permitindo sua aplicação futura. Ademais, fomenta a mudança pela liberdade de escolha de analogias entre concorrentes de igual autoridade quando novas ou antigas questões assumem novas formas. Nesse sentido, a decisão final da corte no *common law* é realizada para prender todos tribunais inferiores e o próprio tribunal em casos futuros envolvendo a questão por ela decidida²⁶⁶.

Com isso, pode-se afirmar que o *stare decisis* serve para sustentar a confiança do público no Poder Judiciário e nas leis regidos por princípios. Em outras palavras, a adesão ao precedente reforça tanto o fato como a percepção de que, no sistema jurídico, os tribunais, fundamentalmente, não são legisladores; o seu papel, ao contrário, é identificar e aplicar as regras objetivas de direito que tenham sido geradas pelos ramos políticos²⁶⁷.

Sob o *stare decisis*, um juiz não pode modificar ou anular um precedente, a menos que possa mostrar que o mundo mudou de forma relevante para o comportamento em questão. *Stare decisis*²⁶⁸, portanto, fornece uma presunção de que um precedente será seguido, a menos que o tribunal demonstre uma suficiente mudança exógena no mundo social, relevante para superar

²⁶⁶ "Rightly understood, *stare decisis* is a feature of the common-law technique of decision. What is wrong in that technique, or in the exercise of it by our courts, which is taken to call for giving it up? The common-law technique is based on a conception of law as experience developed by reason and reason tested and developed by experience. It is a technique of finding the grounds of decision in recorded judicial experience, making for stability by requiring adherence to decisions of the same question in the past, allowing growth and change by the freedom of choice from among competing analogies of equal authority when new questions arise or old ones take on new forms. In that technique there is a distinction between binding authority and persuasive authority. The decision of the ultimate court of review in a common-law jurisdiction is held to bind all inferior courts of that jurisdiction and also the court itself in future cases involving the question of law decided or at least necessary to the decision rendered". (POUND, Roscoe. *What of Stare Decisis?* *Fordham Law Review*, Nova Yorque, v.10, 1941, p.5-6.)

²⁶⁷ "Finally, *stare decisis* serves to sustain the public's trust in a principled, law-bound judiciary. In other words, adherence to precedent reinforces both the fact and the perception that in America's constitutional system, federal courts fundamentally are not lawmakers; their role, rather, is to identify and apply the objective rules of law that have been generated by the political branches". (ALSTINE, Michael P. *Stare Decisis and Foreign Affairs*. *Duke Law Journal*, v.61, n.5, fevereiro/2012, p.955.)

²⁶⁸ Veja ainda: "A doutrina *stare decisis* permite a criação do direito pela jurisprudência e no caso dos países de *civil law* pela lei e pela lei interpretada com a construção normativa caso a caso. Neste sentido, somente pela repetição de vários casos com as mesmas características é que se formará uma regra jurídica com efeito vinculante e obrigatório com a formação de um *standarts*. Ocorre a construção do sistema a partir do caso concreto com aplicação do método indutivo quando já existe razoável nível de concretude da interpretação judicial firmada na *ratio decidendi* dos casos julgados. Garante assim unidade valorativa e coerência interna do sistema com a regra do precedente (*stare decisis et non queta movere*). A *stare decisis* impõe coerência ao sistema jurídico que garante igualdade e segurança jurídica, já que as decisões dos tribunais superiores são observadas pelos tribunais e juízos inferiores, segundo especificações de matéria e território com a criação de regras dos precedentes com uniformidade nas decisões, evitando a insegurança jurídica que ocorre na hipótese da parte depender unicamente dos valores pessoais de cada julgador, como na *civil law* que acarreta decisões divergentes em casos iguais e às vezes julgados pelo mesmo juiz na mesma semana, produzindo julgamentos pela capa do processo". (SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. *A reclamação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como instrumento pedagógico de efetividade do precedente judicial*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2014, p.40-41).

os valores intrínsecos da estabilidade, continuidade e uniformidade²⁶⁹.

Logo, percebe-se que o sistema não é estático. Está afeito a mudanças. Estas mudanças, entretanto, devem ser bem fundamentadas, pois a regra é seguir o que já foi decidido anteriormente. Isso gera segurança jurídica, pois as pessoas têm a plena convicção de que casos semelhantes terão o mesmo tratamento jurídico.

É impossível ter, ao mesmo tempo, perfeita estabilidade, completa certeza, flexibilidade e previsibilidade no processo judicial, e ainda uma adaptação instantânea e completa às exigências das mudanças na ordem social e econômica. O melhor a ser feito é manter um equilíbrio consistente entre eles, sem prejudicar um ou outro. Isto é conseguido ao estabelecer princípios, pontos de partida com autoridade sobre o raciocínio jurídico, que permitem que novas situações sejam tratadas à luz da experiência e de regras que permitem o crescimento a partir da aplicação da experiência²⁷⁰.

Há, naturalmente, casos em que a doutrina do *stare decisis* não deve ser observada tão rigidamente e em alguns desses casos, o pré-requisito básico para ser satisfeito, antes de abandonar o *stare decisis*²⁷¹, é aquele em que a necessidade de mudança em uma determinada área da lei supera as políticas conservadoras subjacentes à promoção de adesão à doutrina²⁷².

O sistema americano é mais flexível, em relação ao aspecto da mudança do direito, do que o sistema inglês. Uma coisa é certa: o direito não é estático. O mundo muda, as relações

²⁶⁹ “Under *stare decisis*, a judge may not justifiably modify or overrule a precedent unless she can show that the world has changed in a manner relevant to the behavior in question. *Stare decisis* thus provides a presumption that a precedent will be followed unless the court demonstrates sufficient exogenous change in the relevant social world to overcome the intrinsic values of stability, continuity, and uniformity”. (SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. *Geo Mason L. Rev.* v.14:2, 2007, p.398.

²⁷⁰ *It is impossible to have at the same time a perfect stability, a complete certainty and predictability in the judicial process, and a perfect flexibility, a complete instant adaptation to the requirements of changes in the social and economic order. The best that can be done is to maintain a balance between them which will give as much effect as we can to each consistently with not impairing the other. This is achieved by finding and establishing principles, authoritative starting points for legal reasoning, which enable new situations to be dealt with in the light of experience and rules to grow out of application of experience.* (POUND, Roscoe. What of *Stare Decisis*? *Fordham Law Review*, Nova York, v.10, 1941, p.11).

²⁷¹ Veja ainda: A doutrina do *stare decisis* é funcionalmente desejável. Ela promove a estabilidade, protege expectativas assentadas e conserva os recursos judiciais. (“*The doctrine of stare decisis is functionally desirable. It promotes stability, protects settled expectations, and conserves judicial resources*” - FALLON JR, Richard H. *Stare Decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology.* *New York University Law Review*, v.76, maio/2001, p.587-588).

²⁷² *There are, of course, cases in which the doctrine of stare decisis should not be adhered to so rigidly. In any of these types of cases, the basic prerequisite to be satisfied before abandoning stare decisis is that the necessity for change in a particular area of the law outweighs the conservative policies that underly the promotion of adherence to the doctrine. This approach to the application of stare decisis in New York indicates that the doctrine is "moral and intellectual, rather than arbitrary and inflexible.* (WACHTLER, Sol. *Stare decisis and a changing New York Court of appeals.* *St. John's Law Review*: v.59, 1985, p.452).

humanas mudam, o ser humano muda. Logo, o direito também deve mudar. Mas, como a mudança da lei também enseja um procedimento cauteloso e trabalhoso, a mudança do precedente no sistema baseado no *stare decisis*²⁷³ também não é a regra, e enseja uma análise mais cuidadosa. Pessoas pautaram suas condutas com base no precedente, negócios foram realizados, ou seja, a população passou a respeitar o precedente como uma norma de conduta. Daquele precedente extraiu-se uma *ratio decidendi*, que deve ser respeitada por todos. Por isso a importância dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tratados nos itens seguintes.

4.8 O CONCEITO DE *RATIO DECIDENDI*

O precedente judicial é constituído por uma decisão proferida em um caso concreto que poderá servir de parâmetro no julgamento de situações análogas futuras. Pode-se afirmar que

²⁷³ Veja a jurisprudência do STF: "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRASLADO INCOMPLETO - AUSÊNCIA DE CERTIDÃO COMPROBATÓRIA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - FUNÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DO AGRAVO DE INSTRUMENTO DEDUZIDO CONTRA DECISÃO QUE NEGA TRÂNSITO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288/STF - APLICABILIDADE - A SÚMULA COMO RESULTADO PARADIGMÁTICO PARA FUTURAS DECISÕES - AGRAVO IMPROVIDO. TRASLADO INCOMPLETO - PROVA DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SÚMULA 288. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de considerar incompleto o traslado a que falte, dentre outras peças essenciais à compreensão global da controvérsia, a necessária certidão comprobatória da tempestividade do recurso extraordinário. Aplicabilidade da Súmula 288/STF. Precedentes de ambas as Turmas do STF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SÚMULA 288/STF. - Não ofende o princípio da legalidade a decisão que, ao interpretar o ordenamento positivo em ato adequadamente motivado, limita-se, sem qualquer desvio hermenêutico, e dentro dos critérios consagrados pela Súmula 288/STF, a considerar como "essencial à compreensão da controvérsia" a peça referente à comprovação da tempestividade do recurso extraordinário. A SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL. - A Súmula - enquanto instrumento de formal enunciação da jurisprudência consolidada e predominante de uma Corte judiciária - constitui mera proposição jurídica, destituída de caráter prescritivo, que não vincula, por ausência de eficácia subordinante, a atuação jurisdicional dos magistrados e Tribunais inferiores. **A Súmula, em consequência, não se identifica com atos estatais revestidos de densidade normativa, não se revelando apta, por isso mesmo, a gerar o denominado "binding effect", ao contrário do que se registra, no sistema da "Common Law", por efeito do princípio do "stare decisis et non quieta movere", que confere força vinculante ao precedente judicial.** - A Súmula, embora refletindo a consagração jurisprudencial de uma dada interpretação normativa, não constitui, ela própria, norma de decisão, mas, isso sim, decisão sobre normas, na medida em que exprime - no conteúdo de sua formulação - o resultado de pronunciamentos jurisdicionais reiterados sobre o sentido, o significado e a aplicabilidade das regras jurídicas editadas pelo Estado. - A formulação sumular, que não se qualifica como "pauta vinculante de julgamento", há de ser entendida, consideradas as múltiplas funções que lhe são inerentes - função de estabilidade do sistema, função de segurança jurídica, função de orientação jurisprudencial, função de simplificação da atividade processual e função de previsibilidade decisória, v.g. (RDA 78/453-459 - RDA 145/1-20) -, como resultado paradigmático a ser autonomamente observado, sem caráter impositivo, pelos magistrados e demais Tribunais judiciais, nas decisões que venham a proferir". (AI 179560 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 23/04/1996, DJ 27-05-2005 PP-00012 EMENT VOL-02193-02 PP-00236 RTJ VOL-00195-01 PP-00281 RDDP n. 29, 2005, p. 238-239 - grifos nossos)

em todos os sistemas o precedente judicial é contemplado, a diferença reside na função a ele atribuída, vez que pode possuir força obrigatória ou meramente persuasiva, como também na eficácia do precedente, que varia em cada sistema. No sistema do *common law*, por exemplo, o precedente judicial é fundamental diante da importância da jurisprudência como fonte do direito no sistema.

Assim, o precedente é composto das circunstâncias que originaram a controvérsia e da *ratio decidendi*²⁷⁴, a tese ou princípio jurídico que fundamenta o provimento decisório. Em

²⁷⁴ O tema já é objeto de análise na jurisprudência do STJ: "RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS PROMOVIDA POR TRANSEUNTE EM FACE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DE EMPRESA DE SEGURANÇA, ATINGIDO POR PROJÉTEL DISPARADO COM ARMA DE FOGO, NO MOMENTO EM QUE OCORREU TENTATIVA DE ROUBO DE MALOTES DE DINHEIRO RETIRADOS EM FRENTE À AGÊNCIA BANCÁRIA, NA CONSECUÇÃO DE OPERAÇÃO TÍPICA. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, QUE, AO FINAL, RECONHECERAM A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS. INSURGÊNCIAS, EM SEPARADO, DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E DA EMPRESA DE SEGURANÇA. Hipótese em que se pretende a condenação solidária de instituição financeira e de empresa de segurança pelos danos morais, estéticos e materiais impostos ao demandante que foi atingido por projétil de arma de fogo (resultando, ao final, na amputação de sua perna na parte inferior ao joelho), por ocasião da tentativa de roubo justamente no momento em que a casa bancária, no desempenho de suas operações cotidianas, retirou ostensivamente malotes de dinheiro, pela porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas. Em primeira instância, a ação restou julgada procedente em face de instituição financeira, e, extinta, sem julgamento de mérito, em relação à empresa de segurança. Em sede de recurso de apelação, reforma parcial da sentença, para reintegrar à lide a empresa de segurança, condenando-a em solidariedade com a casa bancária pelos danos suportados pelo demandante. 1. A partir do suporte fático delineado pelas instâncias ordinárias, sobressai evidenciado que a instituição financeira, na consecução de operação própria de sua atividade - levada a efeito, por sua conta e risco, na via pública -, foi alvo de empreitada criminosa, com repercussão na esfera de direito de terceiros. Constata-se, portanto, que houve a retirada ostensiva de malotes de dinheiro (mediante a atuação de empresa de segurança contratada ante iniciativa da instituição financeira), cuja operação foi realizada através da porta da frente da agência bancária, em horário e local de grande circulação de pessoas, procedimento adotado pela Caixa Econômica Federal para viabilizar ação intrínseca ao seu empreendimento, inegavelmente. 1.1. A conduta ilícita perpetrada em face da instituição financeira (ainda que ocorrida na via pública), deu-se justamente por ocasião e em razão da realização de atividade bancária típica por ela desempenhada, inserindo-se, nessa extensão, nos riscos esperados do empreendimento desenvolvido, mantida incólume a relação de causalidade. 1.2. O simples fato de a tentativa de roubo ter ocorrido na via pública não tem o condão, por si só, de afastar a responsabilidade da instituição financeira ante danos infligidos a terceiro transeunte (consumidor por equiparação), justamente em razão da operação de carga e descarga de dinheiro em malotes ter sido desenvolvida naquele local. Ao assim proceder, os métodos e mecanismos de segurança empregados pela casa bancária deveriam ser mais eficientes, rigorosos e producentes, porquanto expõem, em circunstâncias tais, um número substancialmente maior e impreciso de pessoas aos riscos próprios da atividade que desenvolve, o que robustece sua responsabilidade pelos danos narrados na exordial. **2. A ratio decidendi dos precedentes desta Corte de Justiça está justamente no fato de que, no interior das agências, em que há o desenvolvimento, em grande parte, das atividades bancárias, as quais naturalmente envolvem a concentração de elevadas somas em dinheiro, o roubo ali praticado insere-se, indene de dúvidas, no risco do empreendimento desenvolvido pela instituição financeira. Destaca-se: Não é exclusivamente o local, mas também a atividade desempenhada que caracterizam os potenciais riscos.** 2.1. Não obstante, caso a atividade bancária venha a ser desenvolvida fora dos limites físicos da agência, também com a movimentação de expressivos valores monetários, a conduta ilícita, ainda que ocorrida na via pública, compreende-se igualmente no risco do empreendimento, devendo a instituição financeira, por isso, responsabilizar-se objetivamente ante danos daí advindos, suportados por clientes ou terceiros. 3. Na hipótese em foco, inexistente dúvida de que o banco demandado, ao operacionalizar sua atividade bancária (retirada e transporte de expressiva quantia em dinheiro em plena via pública, pela porta da frente da agência em local e horário de grande circulação de pessoas), criou riscos a terceiros, devendo, portanto, reparar, de modo pleno, os danos daí advindos. 4. Em relação à empresa de

verdade, dentre os elementos do precedente, o que vincula não é a decisão judicial como um todo, mas sim a *ratio decidendi*.

O magistrado, ao dirimir uma demanda, cria uma norma de caráter geral e outra individual. Esta norma de caráter geral é a *ratio decidendi*, construída pela jurisprudência e localizada nos fundamentos jurídicos essenciais da decisão, é a tese jurídica aplicada na resolução do caso.

José Rogério Cruz e Tucci²⁷⁵ destaca que a *ratio decidendi* se refere a uma escolha, uma opção hermenêutica e universal. Neste diapasão, o magistrado tem o dever de interpretar os precedentes confrontando-o com o caso que julga, e assim verificar se há, entre a matéria de tais precedentes e o caso concreto, identidade que enseje a aplicação vinculante do precedente.

A *ratio decidendi*, também é chamada de fundamento da decisão, é a proposição do direito essencial discutida no julgamento do caso diante de determinados fatos e alegações das partes. Desta forma, os fatos do caso apresentado apresentam um papel crucial para determinar a força vinculante do precedente no futuro, visto que, posteriormente, a semelhança dos fatos do precedente com os fatos do caso a ser julgado é que determinará essa força vinculante²⁷⁶.

No sistema do *common law* o precedente é criado a partir da *ratio decidendi*, portanto é necessário descobri-la. Para tanto, se torna essencial a definição dos motivos determinantes do julgamento, aqueles que irão vincular as futuras lides. Porém, é importante salientar que nem todo o entendimento do juiz na decisão cria um precedente judicial²⁷⁷.

É comum o argumento de que no sistema do *civil law* parte-se da norma geral para subsumi-la ao caso concreto. Parte-se do geral para o específico. Entretanto, se fizermos uma análise mais aprofundada, percebe-se que a norma geral surge do contexto social. São os costumes sociais

segurança, com mais razão, estas condutas criminosas afiguram-se com alto grau de previsibilidade, sendo inerente à atividade empresarial desempenhada pela recorrente que tem por objeto propiciar, nos termos contratados, proteção e segurança à atividade bancária, e, por consequência, aos clientes e a terceiros. 5. Sobre a condenação por danos morais, não se vislumbra excesso no montante delineado pela Corte local, apto a autorizar a excepcional intervenção deste Superior Tribunal de Justiça, afigurando-se inviável superar o óbice elencado na Súmula n. 7/STJ. 6. Recursos Especiais improvidos". (REsp 1098236/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 05/08/2014 - grifos nossos).

²⁷⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.175.

²⁷⁶ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2.ed. Bahia: Juspodivm, p.184.

²⁷⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.217.

que levam o legislador a editar ou revogar um texto legal. Logo, a norma geral surge de casos específicos.

O mesmo ocorre no *common law*, porém com suas especificidades. Os casos concretos, gerados no meio social ensejam julgamentos pelas cortes. Destes casos, extrai-se uma norma geral, ou seja, uma norma principiológica que passará a influenciar futuros julgamentos, *in casu*, a *ratio decidendi*.

Para Celso Albuquerque Silva, a *ratio decidendi* é o entendimento que o tribunal explana sobre a questão de direito retirada do caso em análise. Para este autor, a justificativa encontrada para a decisão fundamenta-se em uma análise sociológica, histórica e psicológica sobre o caso. Nesse contexto, destaca-se que, embora a *ratio decidendi* seja utilizada para lides similares futuras em seus aspectos relevantes, salienta-se que a força do precedente pode variar quando relacionada com a discricionariedade do juiz na determinação do *holding* – princípio jurídico que definiu o caso - do precedente. Assim, a força do precedente é inversamente proporcional a discricionariedade do julgador²⁷⁸.

A *ratio decidendi*, que é a razão adotada para determinar o conteúdo da demanda, não poderá ser considerada por si só, ela deve ser avaliada e analisada dentro do contexto fático-jurídico do caso concreto. Ademais, além de ser fundamento jurídico, também funciona como impedimento de ações arbitrárias por parte do juiz²⁷⁹.

Por isso, a *ratio decidendi* nada mais é que o enunciado aplicado aos futuros casos, o núcleo a ser futuramente vinculado, onde consta o princípio relevante retirado do julgamento. Diante disso, é importante ressaltar que, na prática forense do *common law*, os juízes e advogados debatem sobre o que seja a *ratio*²⁸⁰ e o *dictum*, posto que não haja, obrigatoriamente, na decisão que serve de precedente, a separação do que seja um e do que seja outro. Destarte, é possível ocorrer aperfeiçoamento da *ratio* com o passar do tempo e, ainda, a inversão da *ratio*

²⁷⁸ SILVA, Celso Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.72-73.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.46-47.

²⁸⁰ Veja ainda: “Because of the fruitlessness of any inquiry into whether things “really” are or are not similar, the traditional answer to the question of similarity for purposes of determining what is a precedent has turned to the question of trying to determine the *ratio decidendi* of the precedent case (Marshall 1997). That is, the question to be asked, so it is said, is just why did the precedent court decide the case the way it did? And thus the traditional answer to the question of what is a precedent is that subsequent cases falling within the *ratio decidendi* – or *rationale* – of the precedent case are controlled by that case.” (SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stan. L. Rev.*, 1987, p.12).

em *dictum* nas decisões posteriores²⁸¹. Com isso, faz-se necessária a análise do conceito de *obiter dictum* e sua correlação com o conceito de *ratio decidendi*.

4.9 O CONCEITO DE *OBITER DICTUM*

Nem todo argumento que consta na fundamentação é *ratio decidendi*. O precedente judicial também é composto pelo *obiter dictum*²⁸², o argumento acessório, prescindível para o deslinde da controvérsia, que não possui influência relevante e substancial para a decisão²⁸³.

Importa destacar que o *obiter dictum*, embora não possa ser desprezado, possui eficácia meramente persuasiva, visto que não possui efeito vinculante. É o argumento suplementar, que se encontra no seio da fundamentação jurídica do magistrado, mas que não integrará a norma de direito principal que se extrairá do caso concreto.

Para Celso de Albuquerque Silva, *dictum* refere-se aquelas considerações, realizadas pelo julgador, acessórias e distantes do princípio que justifica a decisão. Exemplo de *dictum* seria a sugestão, por parte do tribunal, de como poderia ser solucionada uma dada questão, conexas à dos autos do processo²⁸⁴.

Enquanto a *ratio decidendi* se refere aos aspectos mais relevantes da decisão, ou seja, aqueles aspectos que servirão para a formação da norma que se extrairá do precedente; o *dictum* está mais próximo dos aspectos circunstanciais, que não influenciarão, como regra, na obtenção da *ratio decidendi*.

A diferença entre o *dictum* e a *ratio* passa pela análise das técnicas argumentativas de

²⁸¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p.167-168.

²⁸² A distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* também vem sendo analisada pelo STF. EMENTA: "Recurso extraordinário. Embargos de Declaração. 2. Efeito infringente ou modificativo do julgado. 3. Premissa equivocada capaz de alterar o julgado (EDRE nº 197.169/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. de 9.9.1997). 4. Distinção entre "obiter dictum e ratio decidendi" 5. Prevalência da lei federal superveniente, que altera o padrão monetário e fixa nova política salarial, em face de cláusula de acordo coletivo fixada sobre a matéria. 6. Embargos de declaração interpostos por SINPER acolhidos. 7. Embargos de declaração interpostos por SINDIQUÍMICA rejeitados". (RE 194662 ED, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/12/2003, DJ 21-03-2003 PP-00071 EMENT VOL-02103-02 PP-00258 - grifos nossos).

²⁸³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 4.ed *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, 2009, v.2, p.427.

²⁸⁴ SILVA, Celso Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.73-74.

aproximação e repúdio das alegações fáticas e sociais. No intenso debate da distinção entre a *ratio* e *dictum*, três pontos considerados relevantes não são observados na tradição europeia continental: a) a força da noção normativista, b) a construção conjunta da *ratio decidendi* dos precedentes e c) a utilização não silogística do precedente. Assim, a *ratio* resume-se a uma regra jurídica enunciada. Já na tradição inglesa, a elaboração da *ratio* perpassa pelos fatos e pelo direito, contextualizados. No Brasil²⁸⁵ não existe, por parte dos tribunais qualquer rigor teórico, a dicção *ratio decidendi* é o mesmo que fundamentos ou razões do julgamento²⁸⁶.

O obiter dictum participa de maneira irrelevante na solução final de uma demanda. Isto porque ele é uma associação de argumentos e afirmações situada na motivação da sentença e não a regra de direito utilizada para pôr fim à questão. Destarte, para não ocorrer confusão, é necessário delimitar o que seja *obiter dictum* daquilo que é *ratio decidendi*²⁸⁷.

Para Cambi e Fillipo, na fundamentação, duas partes se diferenciam: os argumentos fundamentais e os argumentos periféricos. Os primeiros correspondem ao que se chama de *ratio decidendi* ou *holding*; são as razões mais relevantes que irão construir a regra de lei, a qual será obrigatoriamente aplicada aos casos assemelhados ou idênticos. Sobraram as argumentações periféricas²⁸⁸, as *dicta*, utilizadas pelos juízes para a elaboração jurídica de

²⁸⁵ Veja: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28, 86%. INCIDÊNCIA SOBRE A GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO À FISCALIZAÇÃO E ARRECADAÇÃO - GEFA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELO RESP 1.318.315/AL, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C CPC, CUJA TEMÁTICA ENVOLVEU A INCIDÊNCIA DO REAJUSTE SOBRE A RETRIBUIÇÃO ADICIONAL VARIÁVEL - RAV. 1. No caso, os recorrentes sustentam que o acórdão recorrido - que inadmitiu o reajuste de 28,86% sobre Gratificação de Estímulo à Fiscalização e Arrecadação - GEFA, instituída pelo Decreto-Lei 2.357/87 - diverge do entendimento consolidado no julgamento do recurso repetitivo REsp 1.318.315/AL quanto à incidência do reajuste de 28,86% sobre a Retribuição Adicional Variável - RAV, instituída pela Lei 7.711/88. **2. Os Embargos de Divergência não se prestam para estender a ratio decidendi de um determinado julgamento a hipótese não enfrentada expressamente pelo paradigma.** 3. Nesse mesmo sentido, inúmeros e recentíssimos precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 1.414.232/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2/4/2014; AgRg nos EREsp 1.070.741/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 25/3/2014; AgRg nos EREsp 1.225.763/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 13/9/2012. 4. Monocrática que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 5. Agravo Regimental desprovido". (AgRg nos EREsp 1055432/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2014, DJe 20/08/2014 - grifos nossos).

²⁸⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p.178.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.47-48.

²⁸⁸ Vejamos como a expressão já está enraizada na jurisprudência brasileira: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENAS COM BASE NO DECRETO PRESIDENCIAL N.º 7.420/2010. REQUISITO OBJETIVO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) NÃO PREENCHIDO. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da primeira turma do Supremo Tribunal Federal, e em absoluta consonância com os princípios constitucionais - notadamente

seus votos²⁸⁹.

Sabe-se que, em inúmeros casos, não se consegue realizar a separação do que seja *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Isto demonstra que nem sempre o *dictum* é desprovida de força. Nesse sentido, conclui-se que a resolução de cada caso tem sua *ratio*, com a possibilidade de ser utilizada posteriormente como conclusão do julgamento, independente de ser proposição lógica essencial. Em verdade, o *dictum* é a *ratio* de um julgamento da questão anterior à de mérito²⁹⁰.

Neil Duxbury, por sua vez, afirma que hoje, é difícil imaginar um advogado do *common law* desconhecer a distinção entre a *ratio decidendi* e *obiter dicta* num processo. A *ratio decidendi* pode significar tanto "razão para a decisão" ou "razão para decidir". Para ele, não se deve deduzir que a *ratio decidendi* de um caso deve ser o raciocínio judicial. Raciocínio judicial pode ser essencial para a relação, mas a própria relação é mais do que o raciocínio e, em muitos casos, há raciocínio judicial que não constitui a *ratio*, mas *obiter dictum*. Um *obiter dictum* é, literalmente, um "falando nisso". Em pareceres judiciais, passagens que são *obiter* vêm em várias formas, podem ser desnecessárias para o resultado, alheios aos fatos do caso ou dirigidas a um ponto que nenhuma das partes tentou argumentar. Por outro lado pode ter sido formulada pelo juiz com menos cuidado ou seriedade do que teria sido caso a passagem fizesse parte da razão para a decisão²⁹¹.

o do devido processo legal, da celeridade e economia processual e da razoável duração do processo -, reformulou a admissibilidade da impetração originária de habeas corpus, a fim de que não mais seja conhecido o writ substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento. 2. A comutação de penas não pode ser concedida no caso concreto. O Recorrente, não atendeu o requisito objetivo de 2/3, aferido em 31/12/2010, conforme previsto no parágrafo único do art. 7.º do Decreto n.º 7.420/10. Referido lapso temporal somente será cumprido em 08/05/2016, conforme a decisão de primeiro grau. 3. **Ressalte-se, em obiter dictum, que as faltas graves cometidas em períodos não abrangidos pelo art. 4.º do Decreto Presidencial n.º 7.420/10 não podem impedir a concessão da comutação de penas, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.** 4. Ordem de habeas corpus não conhecida". (HC 231.380/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014 - grifos nossos).

²⁸⁹ CAMBI, Eduardo, FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v.215, jan. 2013, p.222.

²⁹⁰ LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p.177.

²⁹¹ "Today, it is difficult to imagine a common lawyer being unaware of this distinction – the distinction, that is, between the *ratio decidendi* of and the *obiter dicta* within a case. *Ratio decidendi* can mean either 'reason for the decision' or 'reason for deciding'. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the *ratio*, but the *ratio* itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the *ratio*, but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a 'saying by the way'. In judicial opinions, passages which are *obiter* come in various forms – they might be unnecessary to the outcome, or unconnected to the facts of the case or directed to a point which neither party sought to argue – and may have been formulated by the judge with less care or seriousness than would have been the case had the passage been part of the reason for the decision". (DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge, 2008. p.68).

Por isso, falar em adesão aos precedentes somente é possível quando se separa *ratio decidendi* e *obiter dictum*²⁹², as duas partes de uma decisão judicial. A afirmação de que na decisão judicial apenas a *ratio decidendi* vincula, e não a *obiter dictum*, é comum em praticamente toda doutrina estudada, tanto no Brasil quanto no exterior. *Obiter dictum* é tudo aquilo que não está contido na *ratio decidendi*²⁹³, que não é essencial ao julgamento do caso concreto.

²⁹² Veja ainda: "A *dictum* is an assertion in a court's opinion of a proposition of law which does not explain why the court's judgment goes in favor of the winner. If the court's judgment and the reasoning which supports it would remain unchanged, regardless of the proposition in question, that proposition plays no role in explaining why the judgment goes for the winner. It is superfluous to the decision and is *dictum*. The *dictum* consists essentially of a comment on how the court would decide some other, different case, and has no effect on its decision of the case before it. If the court's function is to decide the case in accordance with the rules of law, explaining what are the rules that govern the decision, and explaining the interaction between those rules and the facts of the case, the utterance of such *dictum* is superfluous to the court's performance of its function. To identify *dictum*, it is useful to turn the questioned proposition around to assert its opposite, or to assert whatever alternative proposition the court rejected in its favor. If the insertion of the rejected proposition into the court's reasoning, in place of the one adopted, would not require a change in either the court's judgment or the reasoning that supports it, then the proposition is *dictum*. It is superfluous. It had no functional role in compelling the judgment". (LEVAL, Pierre N. Judging under the constitution: dicta about dicta. *New York University Law Review*, v.81, number 4, october 2006, p.1256-1257).

²⁹³ As expressões *ratio decidendi* e *obiter dictum* são usadas largamente pelo STF: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO. DIREITO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE AGENTES PELO PODER PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO VÍNCULO. PLEITO DE VERBAS RESCISÓRIAS DECORRENTES DE SUPOSTA CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO DE EMPREGO. PROCESSO EM CURSO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. OFENSA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NA ADIN nº 3.395/DF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Compete à justiça comum o julgamento de demandas ajuizadas em decorrência de vínculo jurídico-administrativo firmado entre a Administração Pública e seus agentes, ainda que formulado pedido de verbas de natureza trabalhista por conta de suposta nulidade no vínculo funcional, excluída a competência da justiça laboral. 2. Reclamação ajuizada sob o fundamento de descumprimento à autoridade da decisão proferida na ADIN nº 3.395/DF, porquanto em curso, na justiça do trabalho, demanda em que ex-agente público postula verbas rescisórias decorrentes de suposta nulidade no vínculo de contratação temporária a que estava submetido. 3. **In casu, resta caracterizada a ofensa à autoridade da *ratio decidendi* firmada na ADIN nº 3.395/DF, de vez que em curso, na justiça do trabalho, feito cujo julgamento cabe à justiça comum.** Precedentes: Rcl 7633 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2010; Rcl 7028 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2009; Rcl 5954, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2010; Rcl 7109 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009; e Rcl 5171, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2008. 4. Agravo regimental provido para julgar procedente a reclamação". (Rcl 10587 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 16-05-2011 PUBLIC 17-05-2011 REVJMG v. 62, n. 197, 2011, p. 440-442 - grifos nossos) . E ainda: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 279 E 283 DESTA COLETA CORTE. Nenhum juízo de Direito Positivo foi externado pela instância de segundo grau, mas, tão-somente, um juízo de fato: o acontecimento do mundo empírico ou factual em que se baseou o pedido indenizatório não se verificou. Pretendido reexame de questão de fato, e não de direito. Ainda que assim não fosse e que se tratasse de valoração de provas, como pretende a parte agravante, haveria óbice à abertura da via extraordinária. É que, nesta hipótese, a controvérsia estaria restrita ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Existência de fundamento no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não foi atacado pelos agravantes. **Fundamento que não se reduz a simples *obiter dictum*. Antes, é premissa que não pode ser eliminada sem afetar o conteúdo da decisão recorrida. Desta maneira, integra a *ratio decidendi* do Tribunal de origem. Agravo regimental a que se nega provimento.**" (RE 363782 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 27-10-2006 PP-00046 EMENT VOL-02253-04 PP-00710 RTJ VOL-00202-01 PP-00299 - grifos nossos) .

Pode-se dizer, então, que o *obiter dictum* faz parte da decisão mas, se for excluído, as razões de decidir não serão alteradas²⁹⁴.

Feitas as devidas distinções entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* foi possível perceber que da análise do caso concreto extraí-se uma norma de conduta que irá influenciar futuros julgamentos, neste caso, estamos diante da *ratio*. Os demais aspectos da fundamentação, que não foram objeto diretamente da *ratio*, mas que serviram de forma acessória e complementar ao magistrado na resolução do caso, são considerados *dicta* que, embora sejam relevantes para se chegar à decisão final, não integram os fundamentos principais da *holding*.

4.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito está afeito a mudanças, nada pode ser imutável. Ao contrário, a sociedade muda, mudam-se costumes e o direito também deve acompanhar tais mudanças. Por isso, o precedente pode ser superado, complementado, totalmente revogado e até mesmo não ser aplicado. Isto é o que torna o direito sempre atual.

Feitas as considerações fundamentais sobre a teoria dos precedentes, base de extrema relevância para o desenvolvimento do tema, passaremos a analisar, no próximo capítulo, outro aspecto importante desta teoria, a saber: a superação do precedente.

²⁹⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2.ed. Bahia: Juspodivm, p.182-184.

5 TÉCNICAS UTILIZADAS NA APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

5.1 GENERALIDADES

O homem é um ser mutável. Mudamos a cada minuto. Envelhecemos a cada segundo e deixamos um pouco de nós mesmos no tempo. As mudanças, entretanto, não ocorrem somente no interior do homem, ou em seu aspecto biológico. As mudanças coletivas também são comuns. O homem também muda como ser social.

Os governos mudam, seja de forma pacífica ou revolucionária. A ciência passa a descobrir que não existem mais certezas absolutas²⁹⁵, nem mesmo naquilo que se denominou de "ciência exata". Não há tanta precisão nem mesmo nas ciências naturais. No direito não é diferente. A sociedade plural vive num emaranhado de mudanças de todos os tipos. A tecnologia muda, assim como os costumes e práticas sociais que ganham novos contornos. O direito, entretanto, não consegue acompanhar as mudanças da sociedade de riscos.

Uma análise do processo histórico vivenciado pela humanidade leva-nos à constatação de que a passagem inexorável do tempo conduz-nos a mudanças sociais, econômicas, tecnológicas, algumas com alto teor revolucionário e evolutivo.

Outra situação configura-se como verdadeira: o ser humano sempre conviveu com circunstâncias de riscos em todas as suas atividades e em todas as eras. No entanto, podem ser detectados enfoques diferenciados na forma de encará-los, especialmente, após a revolução industrial.

Nesse contexto de mudanças sociais, tecnológicas e industriais, o direito não pode deixar de acompanhá-las, atualizando-se, vez que é um dos principais responsáveis pela tutela dos bens jurídicos. Essa adaptação do direito ao contexto moderno, deve caminhar, *pari passo*, à intensidade dos riscos.

Antes da revolução industrial, os riscos provinham ou de acontecimentos ligados à natureza ou originavam-se de ações humanas, em comunidades fechadas e para contê-los eram suficientes a tutela dispensada aos clássicos bens jurídicos como a vida, o patrimônio e a

²⁹⁵ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Paulista, 1996, p.159.

integridades física, tratava-se de riscos pessoais.

Após a revolução industrial, o conceito de riscos atrelou-se ao ideal de modernização e de evolução tecnológica, capitaneado pelas mudanças trazidas pelo capitalismo. Esses riscos assumiram uma proporção maior, fruto das mudanças no sistema de produção e nas redes de mercado, o que provocou insegurança para o homem, mas também gerava a ideia de que se poderia determinar o próprio futuro em lugar de ser tutelado pela religião, pela tradição e pelos caprichos da natureza.

Na sociedade contemporânea, algumas descobertas científicas intensificaram e melhoraram a produção industrial e provocaram o aparecimento de novas tecnologias, como a transmissão de energia elétrica, os veículos automotores, o desenvolvimento da energia nuclear, a indústria química e a internet.

Os novos riscos trazem insegurança ao ser humano e exigem do direito um processo de profunda adaptação, quiçá, até de total revolução. O direito está sendo atingido pela consciência de tais riscos trazidos pela revolução genética, pela internet, pela globalização, com ameaça, até mesmo, para a própria independência de alguns estados nacionais.

Dessa forma, com o advento da “sociedade de risco” e as evidentes transformações que se operaram na sociedade é possível afirmar que o direito não pode permanecer indiferente a tantas mudanças. Ao contrário, o direito deve mudar para acompanhar as mudanças da sociedade.

No sistema do *civil law*, em virtude do atrelamento direito à lei, afirma-se que esta só pode ser revogada por outra de igual ou superior hierarquia²⁹⁶. Percebe-se, contudo, que o direito muda mais rapidamente do que mudam as leis. Por isso, é comum dizer-se que uma lei "caiu em desuso". A lei caiu em desuso porque as relações sociais não mais se adequam a determinado texto legal. O legislador é moroso na reforma das normas, mas isso não impede que deixem de ser aplicadas na prática.

A mudança da jurisprudência é muito mais célere. Em que pese na origem do *common law*

²⁹⁶ Conforme art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010: "Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

inglês a mudança dos julgados não ser a regra, ela ocorre em casos específicos. Neste aspecto, deve haver bom senso. A jurisprudência não pode ser oscilante demais, sob pena de gerar insegurança jurídica, e nem deve ser rígida demais, a ponto de engessar a mudança do direito, contendo os novos anseios sociais. A sabedoria na aplicação do sistema de precedentes consiste em apor na prática este equilíbrio.

5.2 APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

Quando se trata das técnicas de superação do precedente, pode-se afirmar que elas não só equilibram o sistema de precedentes como também garantem a evolução do direito e a qualidade das decisões. Essas técnicas permitem a flexibilidade do ordenamento jurídico ao abandonar o precedente que, em determinado momento histórico, mostrou-se ultrapassado ou injusto e, assim, é promovida a segurança jurídica.

Para Leonardo Ziesemer Schimitz, a superação do raciocínio silogístico também deve se estender aos precedentes no momento de sua aplicação²⁹⁷, posto que eles não são aplicáveis de imediato, sem a atribuição de sentido. Porém, o que se tem observado no ordenamento pátrio é a utilização mecânica dos precedentes, a tese juridicamente construída aplicada ao caso concreto de modo desacomodado²⁹⁸.

Como dito no item anterior, deve-se observar que a sociedade passa por constantes mudanças e, por isso, os precedentes, em atenção à justiça e como orientação de conduta, não podem permanecer estagnados se ocorrem alterações relevantes nas relações sociais. Em outras palavras, se existem concretos fundamentos para essa mudança, os precedentes devem ser reconsiderados.

No entanto, há preocupação no que tange à liberdade indiscriminada na superação do precedente. O magistrado não pode julgar indistintamente, sem analisar outras decisões

²⁹⁷ Veja ainda a doutrina de Thomas da Rosa de Bustamante: "No discurso jurídico se realizam, concomitantemente, tanto a atividade de justificação jurídica quanto a de aplicação, mesmo ambas tendo concepções diferenciadas. Isto porque, a resolução de uma vicissitude na aplicação de normas gerais, possíveis de incidirem em um caso concreto, é, também, uma operação de justificação de normas individuais, portanto, há referenciais neste tipo de discurso para ambas as atividades". (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.239).

²⁹⁸ SCHIMITZ, Leonardo Ziesemer. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. ano 38. v.226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez, 2013, p.365-366.

anteriores. O sistema deve ser harmônico, com a possibilidade de casos iguais serem julgados de forma distinta, violando-se os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

A aplicação desmoderada e exacerbada dos precedentes pode gerar prejuízos e danos ao sistema jurídico e às partes, mesmo que a sua utilização, em geral, conceda garantias e efetividade. Nesse sentido, é importante destacar a necessidade de cautela no uso das técnicas de aplicação, afastamento e superação de precedentes (*distinguishing*, *overruling* e *overrinding*) e do resguardo da criatividade do Poder Judiciário, a qual é importante para a própria formação dos precedentes – fonte de direito. Salienta-se, ainda, a importância do não engessamento do judiciário, posto que o direito deve estar em consonância com as mudanças da sociedade, e, por fim, o dever de observância, por parte dos julgadores, dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação adequada²⁹⁹.

O Brasil já possui um sistema jurídico que tem, em alguns pontos, aspectos que se relacionam com a tradição jurídica do *common law*. A busca pela uniformização da jurisprudência no julgamento dos casos submetidos ao recurso especial perante o STJ e a edição de súmulas com efeitos vinculantes pelo STF são exemplos da importância que os precedentes judiciais têm no Brasil. Logo, não se pode asseverar que se trata de importação de teorias estrangeiras, pois o sistema de precedentes já é aplicado no Brasil há muito tempo³⁰⁰.

²⁹⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. *Revista de Processo*. ano 38. V. 217. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar.2013, p.415.

³⁰⁰ Veja as conclusões de Marcus Seixas Souza: "São reconhecíveis no sistema jurídico luso-brasileiro características de um ordenamento jurídico preocupado com o respeito aos precedentes judiciais, a exemplo da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais e o registro dos votos divergentes nas decisões colegiadas. Embora a doutrina medieval portuguesa divergisse a respeito do efeito vinculante dos arestos da Casa da Suplicação, a esses precedentes eram conferidos, em geral, grande autoridade; após a transição para o Império, no entanto, a influência das decisões individualmente consideradas diminuiu substancialmente, em virtude da concepção segundo a qual competia ao Supremo Tribunal de Justiça e a qualquer tribunal ou órgão julgador apenas aplicar a lei, sem se basear nos exemplos. A exposição também estabeleceu que a jurisprudência e, anteriormente a ela, os estilos das cortes eram institutos legatários de uma tradição, proveniente do Direito romano justinianeu, de considerar manifestações do Direito consuetudinário a repetição constante de precedentes judiciais em um mesmo sentido, embora não fossem considerados vinculantes. A adoção de medidas com vistas a permitir aos tribunais a consolidação de sua jurisprudência constante foi um dos debates políticos e jurídicos mais relevantes do período imperial brasileiro, marcado pela denúncia dos precedentes contraditórios dos tribunais por políticos e juristas. Com o advento da República, não obstante o Direito público tenha sido extensamente influenciado pelo Direito dos Estados Unidos da América, a prática jurídica continuou arraigada à tradição luso-brasileira, não apenas em matéria de Direito privado e processual, mas no que se refere ao método e à teoria das fontes; sendo assim, o respeito aos precedentes judiciais nos primeiros anos do novo regime político teve que enfrentar os mesmos tipos de problemas com que os juristas do Império lidavam. A normatividade dos precedentes judiciais não foi reconhecida pelos juristas republicanos nem mesmo nos precedentes do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle difuso de constitucionalidade das leis, forjado na Constituição Federal de 1891 com inspiração no judicial review estadunidense. [...] Outro aspecto analisado ao longo da exposição foi a publicidade dos precedentes judiciais e dos assentos, isto é, a possibilidade de juristas, advogados, juízes e partes consultarem o teor das decisões proferidas pelos tribunais superiores, com a

Ocorre que, no Brasil, não há uma preocupação com a análise aprofundada dos fatos do caso anterior. Cita-se a ementa, como se bastasse para a análise do precedente judicial³⁰¹. O estudo da ementa é importante, mas como uma porta de entrada que levará a uma análise mais profunda da matéria fática, que só será possível com um exame minucioso de mérito do caso antecedente³⁰². Os magistrados brasileiros, ressalvadas algumas exceções, de forma equivocada, citam apenas a ementa, como um carimbo a cancelar a decisão atual. A análise do caso anterior, de forma minuciosa, torna-se indispensável para se aferir a *ratio decidendi* e

finalidade de se compreender a sua *ratio decidendi* e identificar os fatos relevantes do precedente; da análise foi possível concluir pela consciência dos juristas portugueses e brasileiros de que o tratamento da fundamentação das decisões judiciais como arcana imperii prejudicava a prática jurídica e impedia que os arestos dos tribunais superiores servissem como exemplos para as decisões de casos semelhantes. Isto motivou o aumento da quantidade e da qualidade das fontes reprodutoras de precedentes dos tribunais superiores, desde a divulgação precária do Direito português às coletâneas privadas do Império e às publicações oficiais do Supremo Tribunal Federal no Direito republicano. Foram reunidas, portanto, as condições necessárias para se concluir pela consolidação, no Direito imperial, do padrão de respeito aos precedentes *jurisprudence constante*. A partir de então restou incontroversa a eficácia meramente persuasiva dos precedentes judiciais individualmente considerados, e o prestígio e autoridade da tese jurídica extraída de uma linha de precedentes em um mesmo sentido (*jurisprudence constante*), embora esta também fosse dotada de eficácia meramente persuasiva. Consolidou-se, também, a prática de estabelecer por intermédio de um pronunciamento abstrato do mais alto tribunal a *jurisprudence* a ser seguida pelos demais órgãos julgadores, uma tradição do Direito luso-brasileiro que se inicia com os assentos e culmina com a *súmula* e a *súmula vinculante*. Em resumo, as características do respeito aos precedentes no Direito brasileiro remontam à herança deixada pelo Direito português e ao momento de formação do Direito nacional no Império, quando se consolidou o modelo *jurisprudence constante*, herdado pelo Direito republicano. Os juristas que buscam desenvolver uma teoria dos precedentes judiciais precisam levar em consideração a história dos precedentes judiciais no Direito brasileiro para melhor compreender a teoria por trás dos institutos e das regras do atual sistema de precedentes do Direito brasileiro". (SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2014, p.137-139).

³⁰¹ Veja ainda: "No emprego da *jurisprudence* falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na maioria dos casos. Os enunciados das ementas, com recorrência citados nas decisões, são formulações verbais concentradas em uma ou poucas frases, que têm por regras jurídicas superficiais. Os textos que servem de substrato na maioria das hipóteses (*jurisprudence*) não incluem os fatos que foram objeto das decisões". (NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v.1, n.1, jan./jun. 2013, p.9).

³⁰² Sobre o tema vejamos as conclusões de Dalton Sausen: "O presente trabalho, em face da perspectiva de análise desenvolvida, buscou, num primeiro momento, sob o subtítulo "*O precedente como 'ideal' de um mundo jurídico homogeneizado*", salientar que a utilização indevida dos precedentes tem proporcionado a homogeneização do pensamento jurídico, de modo que o direito passou a ser aquilo que os tribunais dizem que ele é. Nesse sentido, ficou explicitado que mesmo sendo necessário assimilar que as respostas oferecidas pelo Poder Judiciário não podem ser mais do que apenas razoáveis, não se pode admitir que elas venham a se configurar como um *ideal* de um mundo jurídico em que se pretenda a homogeneização da vida e de seus problemas, razão pela qual se impõe o repensar da utilização dos precedentes, a fim de que sejam observadas as efetividades qualitativas da prestação jurisdicional. Em seguida, e tendo-se em conta esse *ideal* de homogeneização do pensamento jurídico, passou-se à análise da influência das práticas de dedução, subsunção e indução, incorporadas no cotidiano dos tribunais, como possíveis causas da utilização indevida dos precedentes e, ainda, da dificuldade dos pretórios em lidar com o universal e o particular. Para tanto, ficou explicitado, afóra outros aspectos, que se impõe a observância pelas Cortes de que as circunstâncias de cada caso sempre serão únicas, de modo que os fatos nunca poderão ser exatamente iguais, razão pela qual não se mostra crível o julgamento por simples dedução/subsunção, com a conseqüente exorcização dos fatos e especificidades do caso concreto, sob pena de relegar o direito à mera discussão de teses jurídicas em que as soluções vêm concebidas por discursos prévios de fundamentação". (SAUSEN, Dalton. A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. jan-mar, v.78, n.1, ano XXIX, 2011, p.111-112).

também para demonstrar que os casos são semelhantes e, por isso, ensejam o mesmo tratamento jurídico³⁰³. Fica evidente que é impossível extrair-se a *ratio decidendi* simplesmente pela análise superficial da ementa do julgado.

Para uma melhor compreensão do problema, Lenio Streck³⁰⁴ afirma que há que se ter presente que um precedente, seja súmula ou acórdão, que exprima a posição majoritária é, de igual forma, um texto ao qual deve ser atribuído um sentido, a partir do caso concreto em análise. É a especificidade que o diferencia da cadeia decisional que vem sendo seguida por determinado tribunal. Consequentemente, haverá sempre um grau de generalização a ser extraído do núcleo da decisão, que fará a ligação hermenêutica com os casos posteriores que serão analisados em sua individualidade.

Para se extrair o sentido do texto deve-se analisar, aprofundadamente, o caso anterior. Percebe-se, entretanto, que o Brasil vive um sistema jurídico esdrúxulo. Os juízes, em regra, ressaltadas as exceções, julgam sem se preocupar com o que foi decidido anteriormente. Não é incomum casos semelhantes serem julgados de forma diferente. Cada juiz tem a sua visão

³⁰³ Sobre a *ratio decidendi* assim decidiu o STJ: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LIMINAR CONCEDIDA PARA OBRIGAR CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA A FORNECER O SERVIÇO. DOMINGO DE ELEIÇÕES. CORRIQUEIRA INTERRUPTÃO NO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. RISCO À CONTINUIDADE DA APURAÇÃO ELEITORAL. REVISÃO DO VALOR DA MULTA POR ALEGADA EXORBITÂNCIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DESCABIMENTO. 1. Na origem, a recorrente fora demandada em Ação Civil Pública na qual o Ministério Público postulava a concessão de liminar que obrigasse a concessionária de serviço público a normalizar o fornecimento de energia elétrica no município de Caapiranga/AM. No Recurso Especial, a ré insurge-se contra o acórdão que confirmou a liminar de primeiro grau e as astreintes fixadas em R\$ 10.000,00 por dia de descumprimento. 2. A insistência da recorrente em impugnar a concessão de liminar por decisão judicial proferida num domingo não dialoga com os fundamentos do acórdão de origem, que textualmente asseverou que "a liminar agravada foi concedida em um domingo especial, que se tratava de eleições presidenciais e estaduais, que estavam em iminência de restarem prejudicadas em razão da corriqueira interrupção no fornecimento de energia elétrica no Município de Caapiranga." 3. No que tange à alegada exorbitância das astreintes, o valor mais elevado de multa fora fixado pelo magistrado de origem em atenção às peculiaríssimas circunstâncias que se apresentavam no caso concreto e ao especial bem jurídico que se pretendia tutelar naquela ocasião - o regular desenvolvimento do processo eleitoral -, de modo que, naquela particular situação, somente o arbitramento de pesada sanção seria capaz de assegurar o resultado prático buscado pela demandante, o que está em absoluta conformidade com o escopo do art. 461 CPC. 4. Também não há falar no antecipado esgotamento da tutela jurisdicional, pois a medida liminar só teria utilidade se concedida naquele exato momento, tendo em vista buscar assegurar o fornecimento de energia elétrica no domingo de eleições. A postergação da sua concessão para momento posterior implicaria provimento jurisdicional absolutamente inútil. 5. Nesse cenário, não há como reconhecer a exorbitância das astreintes sem que o Superior Tribunal de Justiça substitua o juízo de primeira instância no reexame dos fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. **6. Por fim, a monocrática que julgou os Embargos Declaratórios não aplicou a Súmula 420/STJ, mas apenas a *ratio decidendi* que inspirou a sua formulação, pois, tanto nas hipóteses em que se discute o valor da indenização por danos morais como no caso concreto, a revisão de valores depende do reexaminar dos fatos e provas, de modo que não se viabiliza o dissídio jurisprudencial.** 7. Agravo Regimental não provido". (AgRg nos EDcl no REsp 1405686/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 25/09/2014 - grifos nossos).

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme a minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.320.

particular do direito e reproduz esta particularidade no seu julgado. As partes ficam à mercê dessa "roleta judicial", com flagrante insegurança jurídica. Além disso, quando juízes buscam julgados anteriores, geralmente o fazem sem se preocupar com os fatos que foram objeto do processo, julgando com base na ementa, exclusivamente. Ou seja, como regra não se preocupa com os precedentes e quando fazem não os aplicam corretamente.

Assim, o precedente deve ser analisado com racionalidade e inteligência. A extração da *ratio decidendi*³⁰⁵ deve levar em consideração os fatos descritos no caso antecedente para que, na análise do caso posterior, se possa perceber com clareza se aquela norma de conduta extraída se adéqua perfeitamente ao aludido caso. Na hipótese, o caso subsequente deve ter a mesma resolução jurídica, sob pena de ofensa à segurança jurídica e ao princípio da igualdade.

Para Eduardo Cambi e Thiago Baldani Gomes de Filippo a população tem o direito de obter do Judiciário o mínimo de segurança e tratamento igualitário para todos aqueles que se encontrem em idêntica situação. Nesse sentido, a utilização de precedentes vinculantes no ordenamento pátrio se fundamenta em dois princípios constitucionais de importante relevo, o da segurança jurídica e o da isonomia³⁰⁶.

A aplicação dos precedentes decorre da atividade interpretativa desses, a qual se assemelha àquela realizada para com as normas legais, pois tanto uma quanto outra é tratada como texto. Porém, observa-se que a interpretação no momento da utilização dos precedentes não tem identificação total com aquela operada nas normas jurídicas. Isto porque a norma jurídica contida no precedente já foi submetida a uma análise prévia, a partir da qual se identificou a *ratio decidendi*. Nesse cenário, o obstáculo está em conseguir precisar o sentido e o alcance dos precedentes sem o risco de arbitrariedade ou discricionariedade, já que a operação interpretativa em relação a eles é mais flexível e abrangente, devido a sua maior liberdade no

³⁰⁵ Os precedentes que possuem uma estrutura hipotético-condicional, dos quais podem ser extraídas *ratio decidendi* do tipo regra, fornecem objetividade, certeza e igualdade de tratamento. Para que isso se concretize é utilizado o processo subsuntivo para a aplicação do precedente. Todavia, podem ocorrer dificuldades na aplicação silogística do mesmo, como os problemas de relevância – dúvidas com relação à norma a ser aplicada -, de prova – questiona-se se realmente aconteceu certo fato -, de interpretação – dúvidas sobre como entender a norma aplicável ao caso - e de qualificação – questiona-se se um fato não discutido pode ser suposto de fato da norma jurídica. A aplicação subsuntiva pode ser agravada quando tais problemas aparecem de forma simultânea no caso concreto. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.468-469).

³⁰⁶ CAMBI, Eduardo, FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*. ano 38. v.215. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2013, p.227.

uso de exemplos e comparações, o que é mais restrito na norma jurídica³⁰⁷.

Durante a aplicação do precedente³⁰⁸ a preocupação principal é observar se os casos se assemelham. Para isso, o julgador deve realizar uma análise que se divide em três fases: primeiro, ele deve averiguar os fatos mais expressivos do caso concreto, seu pedido e causa de pedir. Após, verificar na jurisprudência se existem precedentes adequados ao caso em julgamento, ou seja, especificar o precedente pertinente ao caso. Por fim, realizar o encaixe entre o precedente e o caso em julgamento e seus ajustes finais necessários³⁰⁹.

Todavia, se o precedente tornou-se obsoleto, deve ser superado, ou seja, se o precedente não representa mais os anseios e valores de um povo em determinado momento da história, deve ser abandonado pelos operadores do direito, passíveis de gerar decisões injustas. Isso pode ocorrer tanto em virtude de uma lei que se tornou arcaica ou com um precedente que não se adéqua mais aos costumes locais. Logo, tanto a lei quanto o precedente, enquanto fontes do direito devem ser superadas quando caírem em desuso social.

Essa superação, entretanto, deve ser exceção e sempre bem fundamentada³¹⁰. Não deve ser a regra do sistema jurídico, passíveis de gerar insegurança jurídica. O sistema que permanece estático demais fica obsoleto, mas o sistema que muda demais e a cada dia casos iguais são julgados de forma diferente gera insegurança jurídica³¹¹. Os jurisdicionados não sabem como

³⁰⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.272.

³⁰⁸ A aplicação do Direito é foco do processo judicial, a qual nem é dedutiva – positivismo exegético – nem arbitrária – positivismo normativista -, mas sobretudo hermenêutica. Isto porque, há o confronto entre argumentos de ambas as partes, advindos de questões de fato e/ou de direito. É nesse contexto que a aplicação do precedente realizar-se-á, a partir das inter-relações entre as questões acentuadas na dimensão fática do caso. Salienta-se, então, que a cada nova lide haverá uma nova *applicatio*, pois o tribunal ou juízo emissor não define o precedente, seu aperfeiçoamento se dá de caso a caso, em usos posteriores (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014, p.305).

³⁰⁹ ROSITO, Francisco. *Op.cit.*, 2012, p.273.

³¹⁰ Para Juraci Mourão Lopes Filho, a produção do precedente advém de sua *applicatio*, posto que se opera um encontro de sentidos e direções que deixa vestígios da experiência ocorrida durante a fundamentação das decisões. Isto porque, é na fundamentação que a dialética entre os fatos mais importantes e as teses das partes e de terceiros se realiza corroborando para que os argumentos sejam analisados e confrontados, oferecendo, assim, algo que a lei não fornece. Nesse contexto, a motivação/fundamentação impede que haja redução do precedente a norma (LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Op.cit.*, 2014, p.302).

³¹¹ Sobre o tema: "*La Corte Constitucional le otorgó a sus fallos de constitucionalidad y de tutela el valor y alcance de precedente judicial obligatorio, vinculando al funcionario judicial a fallar un caso en forma similar a como lo decidió ya en otro caso que contenía similares presupuestos facticos. Ahora bien, las razones que obligan a dar aplicación al precedente son, entre otras, que todas las personas son intrínsecamente dignas y deben ser tratadas como tales, no existiendo razón alguna para que una persona sea sometida a discriminación o trato diferente; todos los seres humanos son iguales no sólo en dignidad y derechos, sino que se merecen el mismo trato por parte de las autoridades; la protección al principio de seguridad que implica la necesidad de decisiones similares en casos similares; en las sentencias deben existir cierta unidad y uniformidad de las decisiones, y, por último, debe invocarse el principio de justicia. La vinculación al precedente no implica que el*

se comportar, considerando que não conhecem os pensamentos dos juízes. Por isso, a busca do equilíbrio é a solução para um sistema que deve respeitar as decisões do passado, observar as leis atuais e conferir, minuciosamente, a matéria fática dos casos futuros.

Para a aplicação e superação dos precedentes a doutrina traz algumas técnicas que se tornaram relevantes para o desenvolvimento do tema, e dentre elas, pode-se destacar: a) *distinguishing*, b) *sinaling*, c) *transformation*, d) *modifying*, e) *overriding* e f) o *overruling*.

5.3 DISTINGUISHING

O juiz, no momento de decidir o processo criminal, está, segundo Gerson dos Santos Pereira³¹², só. A solidão é importante para que o magistrado se encontre com a sua consciência e julgue de acordo com o direito e com a justiça. Para encontrar o bom ofício de julgar deve o magistrado despir-se de toda a carga de forças que possam impedir sua imparcialidade³¹³, para ser justo e dizer o direito no caso concreto.

Derecho no progrese y se acomode a las necesidades de cada momento, sino justo lo contrario. Conlleva que el Derecho evolucione, ya que su aplicación tiene lugar de forma flexible, dada la posibilidad jurídica que tienen los jueces y servidores públicos de apartarse de sus precedentes, o porque se produzca fácticamente tal desvinculación". (TORRES, Johana Carolina Gutiérrez Torres. *El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano*. Tesis o trabajo de investigación presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Colombia, 2014, p.26).

³¹² SANTOS, Gerson Pereira dos. *O solitário ofício de julgar*. 2.ed. Ciência Jurídica: Belo Horizonte, 1993.

³¹³ Autores defendem que a neutralidade pura é um mito: "O mito da neutralidade do Juiz não pode ser aceito em uma sociedade contemporânea, onde se reconhece que os julgadores possuem valores oriundos de sua formação familiar, acadêmica e político-ideológica. O juiz é um ser político ontologicamente, uma vez que exerce um verdadeiro poder ao dizer de quem é o direito. A constatação da politização dos juízes deve ser algo que conduza à sua imparcialidade, na medida em que tenhamos vários grupos sociais espontâneos, com suas diferentes posições ideológicas, exercendo uma discussão democrática e um controle recíproco. A chave para a imparcialidade do juiz está em sua independência interna e externa e não na sua impossível neutralidade (ser apolítico). O magistrado, sobretudo o Juiz Federal, exerce uma função especialíssima de garantidor da efetivação da cidadania ao exercer o controle constitucional das leis e dos atos administrativos, exercendo um controle constitucional sobre os Poderes Executivo e Legislativo, quando estes por comissão ou omissão não efetivem os direitos socioeconômicos. Para a efetivação da cidadania almejada, o juiz utiliza-se do processo como instrumento. Porém, a simples edição de leis processuais que visem à celeridade do processo (a exemplo da criação da tutela antecipada e a dispensa do reexame de sentença contra os entes públicos, quando fundada em decisão do plenário do STF ou súmula de tribunal Superior) não tem o condão de diminuir a morosidade da Justiça, enquanto não houver uma mudança de mentalidade de todos aqueles que lidam diretamente ou indiretamente com o processo. Daí surge a necessidade de que se desenvolva doutrinariamente e pragmaticamente o tema "administração da Justiça" para que o gestor judicial em conjunto com todos os que participam da marcha do processo desenvolvam técnicas e diálogos para a maximização de todos os meios físicos e humanos a fim de prestar um serviço público de prestação de tutela jurisdicional cada vez mais adequada, célere e eficaz. Finalmente, para a consecução de tal objetivo é necessário que: além de não se desprezar as experiências tradicionais de administração da justiça bem-sucedidas, o gestor judicial e mesmo sua

No sistema de precedentes, o magistrado busca nos casos anteriores, a *ratio decidendi* para aplicar ao caso presente. Busca extrair do caso anterior a norma jurídica para aplicar a casos futuros. No *common law* as normas escritas são poucas e, por isso, o juiz deve valer-se do caso específico e retirar dele a norma geral.

No sistema do *civil law* estrito, o problema se restringe à análise da lei e ela é a fonte do direito por excelência. O solitário juiz busca na lei a fonte de inspiração para extrair do texto a norma de conduta para aplicar ao caso concreto.

No sistema brasileiro, que é misto, o magistrado procura aplicar o direito com base na lei, mas também nos precedentes e nos princípios gerais do direito. São várias as fontes do direito no Brasil, e o magistrado pode fundamentar sua decisão com base em qualquer uma dessas fontes e até mesmo em mais de uma.

Na análise do caso, o juiz, inicialmente, quando não há um precedente, julga com base na lei ou nos princípios gerais. Busca na lei a norma geral e aplica, numa hipótese de subsunção, a norma geral ao caso concreto. Surge, então, um precedente. Ocorre que, daquele precedente, o próximo magistrado poderá fazer o caminho inverso, ou seja, partir do caso específico e concreto e dele retirar uma nova norma, no caso, a *ratio decidendi*.

Como se vê, a lei geral foi aplicada ao caso concreto, através da subsunção, partiu-se do geral para o específico. Num segundo momento, parte-se do específico para o geral, na aplicação do precedente. Logo, duas normas surgem daquela hipótese: a) a primeira, da lei; b) a segunda, do precedente. Por isso, extrai-se tanto da lei uma norma quanto do precedente.

O caso subsequente pode ter dois caminhos: ou ele se encaixa perfeitamente na norma extraída do precedente ou não é semelhante ao primeiro, e, por isso, não pode ter o mesmo tratamento jurídico. Se o caso se encaixa no quadro da norma (seja extraído do precedente ou da lei), que chamo de "tipo normativo", deve ter o mesmo tratamento jurídico, com base no princípio da isonomia.

Ocorre que, se o caso futuro não se encaixa perfeitamente no "tipo normativo", que é a *ratio decidendi* no caso dos precedentes, ele não pode ter o mesmo tratamento jurídico, pois é

equipe se inteirem das técnicas atuais da administração pública e empresarial e busquem um constante aperfeiçoamento nas ciências humanas afins (Psicologia, História, Economia) e em outras ciências (como a Matemática Financeira, a agronomia, etc.), de acordo com a necessidade que as diferentes questões dos seus trabalhos lhes impõem. (AGUIAR, Tiago Antunes de. Do mito da neutralidade à concepção do juiz politizado e independente como modelo de gestor judicial. *Revista da AJUFE*, ano 24, n.91, 2011, p.281-282).

diferente do primeiro, cabendo ao magistrado fazer a distinção entre eles, deixando, justificadamente, de aplicar o precedente, com fundamentação específica sobre o tema.

O magistrado deve fundamentar mais cuidadosamente no caso de distinção entre as demandas. Assim, terá um trabalho maior do que com a simples aplicação do precedente pois, nestes casos, ele deve dizer quais os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a não aplicação do precedente ao caso concreto, em virtude da distinção entre as causas.

É o que a doutrina vem denominando de *distinguishing*³¹⁴. O *distinguishing* é uma análise do precedente no sentido negativo, ou seja, o magistrado, ao analisar o caso concreto, percebe que aquele caso específico não se aplica ao precedente existente, em virtude da dessemelhança entre eles. Logo, deixa de aplicar o precedente, fundamentando minuciosamente sua decisão.

Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, percebendo o juiz que há distinção entre as causas, pode surgir um desses caminhos: a) dar à *ratio decidendi* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso impedem a aplicação

³¹⁴ Veja o que a jurisprudência traz sobre o tema: "ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CARACTERIZADOS. CONVÊNIO DE MUNICÍPIO COM A FUNASA. PARTICIPAÇÃO DA AUTARQUIA NO PROCESSO, COMO ASSISTENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CF. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS TIPIFICADOS NOS ARTS. 10 E 11 DA LIA. CULPA E DOLO GENÉRICO RESPECTIVAMENTE RECONHECIDOS NA ORIGEM. REEXAME. INVIABILIDADE. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE SÚMULA 7/STJ. 1. Afastada a alegação de contrariedade ao art. 535 do CPC por suposta contradição, tendo em vista que as contas do Município não se confundem com as do Prefeito, estando sujeitas a regimes jurídicos diversos quanto à forma de prestação e aprovação. 2. Deve-se observar uma distinção (*distinguishing*) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível. Isso porque tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF. 3. A competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide. 4. Assim, a ação de improbidade movida contra Prefeito, fundada em uso irregular de recursos advindos de convênio celebrado pelo Município com a FUNASA, com dano ao erário, não autoriza por si só o deslocamento do feito para a Justiça Federal. 5. No caso, a presença da autarquia na condição de assistente simples (art. 50 do CPC) já admitida no feito - em razão do interesse jurídico na execução do convênio celebrado - firma a competência da Justiça Federal, nos termos do mencionado art. 109, I, da CF. (...) 8. Extrai-se, ainda, que "o próprio acionado, em sua contestação, confirmou a alteração do objeto do convênio" e, notificado para prestar contas, apresentou documentação relativa a obra diversa. Eis, portanto, o dolo. 9. Tendo as instâncias ordinárias realçado a existência de dano ao erário, ante a não execução de parte do objeto do convênio, bem como a violação de princípios, tem-se por aplicável o óbice da Súmula 7/STJ. 10. A análise da tese de ausência de proporcionalidade e de razoabilidade das sanções aplicadas (ressarcimento ao erário, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos, pagamento de multa civil correspondente a 50% do dano causado aos cofres públicos, perda da função pública, se for o caso), demandaria a revisão dos pressupostos de fato adotados pelas instâncias ordinárias, procedimento vedado na via especial, a teor da Súmula 7/STJ. 11. Esta Corte Superior admite a cumulatividade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa 12. Recurso especial a que se nega provimento". (REsp 1325491/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014).

da mesma tese jurídica, e julgará o caso concreto sem vinculação ao precedente; b) ao entender que a mesma tese é aplicável, estende a solução conferida ao caso anterior, julgando da mesma forma o caso atual. Para os autores, o *distinguishing*³¹⁵ é o método pelo qual se faz essa comparação. Se o magistrado, ao fazer essa comparação, perceber que não há aproximação entre o caso concreto e aquele que deu ensejo ao precedente, deve apontar a distinção, hipótese em que o precedente não será aplicado³¹⁶.

Distinguishing é um método utilizado para distinguir os fatos mais expressivos de dois casos. Essa técnica objetiva demonstrar que a aplicação do precedente no caso em julgamento não apresenta congruência, pois há discrepância entre as circunstâncias fáticas. A partir desse contexto, o *distinguishing* pode ser interpretado restritivamente – *retractive distinguishing* – ou de maneira ampliativa – *ampliative distinguishing* –, pois não há obrigatoriedade de aplicação dos precedentes somente dentro dos limites por eles estabelecidos. Isto porque há possibilidade de extensão dos limites dos precedentes para promoção da justiça, e também de restrição, caso sejam previstos prejuízos e danos com sua aplicação³¹⁷.

Para Thiago Anton Alban a técnica do *distinguishing* é utilizada sempre que determinado juízo se depara com um caso que, à primeira vista, se enquadra na aplicação do precedente. Contudo, em uma análise mais apurada, verifica-se que o precedente não deve ser aplicado, por não compartilhar o caso a ser decidido da mesma hipótese fática constante na *ratio decidendi* do precedente que seria invocado. Por meio do *distinguishing*³¹⁸, portanto, o julgador faz a devida distinção entre os fatos e conclui pela não aplicação da *ratio decidendi*, porque ela não se adequa à situação em questão. Veja-se, portanto, que, na técnica do

³¹⁵ Dentre as técnicas de divergência de precedentes, *distinguishing* tem sido frequentemente usada, situação que consiste em preocupação, já que sua utilização muitas vezes tem ocorrido de forma desproporcional com a realidade ou mesmo sem fundamento. Isto porque, duas situações fáticas não são exatamente idênticas, assim os julgadores tem se aproveitado disso para aplicar descabidamente o *distinguishing*. Nesse sentido, essa técnica que poderia aprimorar o precedente, tem comprometido a autoridade dos precedentes e a funcionalidade dos mesmos (ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.302-303).

³¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. v.2. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p.454-456.

³¹⁷ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no Sistema processual brasileiro: os precedents dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.89-90.

³¹⁸ Celso Albuquerque admite o modelo normativo moderado para a vinculação de precedentes, o qual permite a flexibilização, pela corte, da regra fixada no precedente, em casos excepcionais. Nesse cenário, os julgadores podem se utilizar do poder de distinção, realizando temperamentos durante a aplicação do precedente. Para tanto há quatro hipóteses apresentadas pelo autor que legitimam esse poder de distinção, quais sejam: inconsistência com outra regra, erro claro e inadvertido, situações que a corte vinculante não queria alcançar com a regra fixada e ulterior desenvolvimento do Direito (SILVA, Celso Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.157).

distinguishing, o precedente permanece inalterado. O julgador não nega vigência nem procura fundamentar sua decisão pela revogação do precedente mas, simplesmente, decide que não é o caso de sua aplicação, por não se tratar da mesma situação fática discutida no caso posto a seu crivo³¹⁹.

Para Neil Duxbury o *distinguishing* ocorre quando os juízes fazem uma distinção entre um caso e outro. O ponto pode parecer óbvio, mas merece ser explicitado, porque se faz o *distinguish* tanto dentro como entre os casos. O *distinguishing* dentro de um caso é principalmente uma questão de diferenciar a *ratio decidendi* da *obiter dicta*, separando os fatos materialmente relevantes dos que são irrelevantes para a decisão. *Distinguishing* entre os casos é uma questão de demonstrar diferenças fáticas entre o anterior e o caso em presente apreço, de demonstrar que a *ratio* de um precedente não se aplica de forma satisfatória para o caso em questão. Partindo da ideia de que dois casos não são exatamente os mesmos, *distinguishing* sempre é possível em um ou outro nível³²⁰.

Para Emily Sherwin e Larry Alexander, o que se chama de modelo de resultado do precedente reconhece decisões anteriores como vinculativas, mas também permite que os tribunais distingam casos precedentes que diferem faticamente dos casos que têm em mãos. Esta abordagem ao precedente é atraente porque aparece para acomodar a evolução do direito dentro de um quadro de restrição. Os tribunais devem tratar as decisões anteriores como corretas e alcançar resultados análogos quando confrontadas com problemas análogos. Quando precedentes passam pelo *distinguishing*³²¹, no entanto, os tribunais posteriores são

³¹⁹ ALBAN, Thiago Anton. *Súmula vinculada: uma análise hermenêutica da súmula vinculante*. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2012, p.68.

³²⁰ “*Distinguishing*’ is what judges do when they make a distinction between one case and another. The point may seem obvious, but it deserves to be spelt out because we distinguish within as well as between cases. *Distinguishing* within a case is primarily a matter of differentiating the *ratio decidendi* from *obiter dicta* – separating the facts which are materially relevant from those which are irrelevant to a decision. *Distinguishing* between cases is first and foremost a matter of demonstrating factual differences between the earlier and the instant case – of showing that the *ratio* of a precedent does not satisfactorily apply to the case at hand. Since no two cases are exactly the same, *distinguishing* is always possible at one or another level.” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008. p.113).

³²¹ Neste sentido: “A técnica do *distinguishing* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida, mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação em que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza um argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido ao precedente. No primeiro caso (redução teleológica), opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*), a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências não podem ser aplicadas aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência”. (BUSTAMANTE, Thomas

livres para chegar a resultados contrários, mesmo quando as opiniões prévias indicam uma regra que parece governar a disputa posterior e exigem um resultado diferente³²².

Apesar da reconhecida relevância do *distinguishing*, um dos responsáveis pela flexibilidade do sistema de justiça, deve ser aplicado com vistas ao princípio da isonomia. Nesse contexto, a aplicação indiscriminada do poder de distinguir pode levar a uma certa descrença na vinculação dos precedentes obrigatórios, colocando em risco a existência do sistema³²³.

Por fim, não se pode confundir o *distinguishing* com o *overruling*, que será tratado nos próximos itens. A técnica do *distinguishing* tem se expandido para outras tradições jurídicas, além da *common law* e, quanto mais rigorosa a vinculação ao precedente judicial, mais aplicada será essa técnica. Diferentemente do *overruling*, o *distinguishing* não importa em abandono do precedente, apenas um afastamento, assim, a norma fixada pelo precedente é protegida. Isto quer dizer que, em determinado caso concreto, haverá ausência de aplicação de dado precedente³²⁴, porque houve uma exceção à norma ou porque houve uma interpretação restritiva desta³²⁵.

Por conseguinte, nestes casos, o juiz também valoriza o princípio da igualdade, pois trata desigualmente os desiguais, dando tratamento jurídico distinto àqueles casos penais que são diferentes. Com isso, deixa de aplicar o precedente, pois os fatos não são semelhantes aos anteriores, não se encaixando na "tipicidade normativa" extraída da *ratio decidendi*.

Em verdade, o *distinguishing* é uma hipótese de "atipicidade normativa" pois os fatos não se

da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.473).

³²² "In its most typical form, what we call the result model of precedent recognizes prior decisions as binding but also permits courts to distinguish precedent cases that differ factually from the cases before them. This approach to precedent is appealing because it appears to accommodate the evolution of law within a framework of constraint. Courts must treat prior decisions as correct and reach analogous results when faced with analogous problems. When precedents are distinguishable, however, later courts are free to reach contrary results, even when prior opinions state a rule that appears to govern the later dispute and demands a different result" (SHERWIN, Emily; ALEXANDER, Larry. *Judges as Rules Makers. Common Law Theory*. Cambridge, 2008, p.35).

³²³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p.145.

³²⁴ Veja-se ainda: "Naturalmente, sentado con prudencia pero decisivamente el principio del precedente, su propia fuerza como instrumento de control, de autocontrol incluso, y de reducción de posibles decisiones arbitrarias de un poder del Estado hace factible augurarle un porvenir brillante. Al menos, así viene sucediendo con las ideas que han inaugurado nuevas técnicas de control de la Administración y que hoy día, al menos en nuestro Derecho, puede decirse, casi con carácter general, que a partir de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional constituyen técnicas de control de cualquiera de los poderes del Estado, incluidos el legislativo y el judicial" (RÍOS, Juan Antonio xiol. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Madri: Centro de Estudios, 2005, p.37).

³²⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.470.

adequam ao tipo anterior, descrito na *ratio decidendi*. Mesmo assim, realizando as distinções consistentes, se está a festejar a igualdade, pois casos diferentes não podem ter o mesmo tratamento jurídico.

5.4 SIGNALING

A teoria dos precedentes judiciais tem como um de seus pilares o princípio da segurança jurídica. Busca-se na estabilidade do sistema a base que servirá de alicerce para garantir as relações sociais. Por isso, o precedente não pode ser alterado de qualquer maneira, sem respeitar o direito anteriormente definido.

É obvio que o sistema não pode ser estático, os homens mudam e as relações sociais também seguem essa transformação. Entretanto, as mudanças não podem ser abruptas ou repentinas, pois podem gerar prejuízos inesperados aos jurisdicionados.

Essa é a grande crítica que se faz ao sistema brasileiro; aqui, a jurisprudência muda ao sabor do vento. Muitas vezes, o mesmo tribunal, no mesmo dia e na mesma turma julgadora, aprecia casos semelhantes de forma diversa. Isso é inexplicável. O pior é que não se trata de uma hipótese de *distinguishing*, ao contrário, os fatos são semelhantes e, por ter o novo julgador entendimento diverso daquele constante do precedente, julga casos idênticos de forma diversa, com flagrante ofensa à isonomia.

Por isso o *signaling* preza pela manutenção da segurança jurídica e da estabilidade das relações. Por esta técnica, o julgador reconhece a existência de um determinado precedente e conclui que ele não mais se adequa aos novos anseios sociais, mas decide aplicá-lo assim mesmo. Por isso, a corte deixa de revogar o precedente naquele momento, ou de não aplicá-lo, para preservar a segurança jurídica. A *technique of signaling*, dessa forma, apenas sinaliza que o precedente está prestes a ser modificado ou revogado, para que a sociedade comece a se preparar para esse momento, ou seja, é uma espécie de “revogação com efeitos diferidos”, pois a iminência da revogação do precedente³²⁶ é anunciada com certa antecedência pelo

³²⁶ Para Martín Orozco Muñoz: "Desde una perspectiva amplia, constituiría precedente judicial cualquier resolución judicial ubicada cronológicamente en un punto anterior en el tiempo (precedente) a aquél que se tome como referente". (MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p.185).

tribunal³²⁷.

Para Francesco Parisi e Vincy Fon, em alguns casos, decide-se contra a tendência predominante nas decisões e, com isso, tal decisão se torna a principal forma pela qual os juízes podem expressar opiniões contrárias à tendência jurisprudencial predominante. Casos minoritários, portanto, transmitem informações que, de outra forma, permaneceriam enterradas sob a decisão da maioria opaca do tribunal. Apesar de não serem diretamente aplicáveis como fontes de direito, os casos que não estão em conformidade com a tendência dominante servem como um sinal de dissidência emergindo entre o Judiciário. Embora os casos minoritários normalmente percam quando recorridos, nós permitimos que estes casos desempenhem um papel de *signaling*, de sinalização, influenciando, informalmente, as decisões futuras³²⁸.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o *signaling* é uma técnica pela qual a corte segue um precedente, ao mesmo tempo em que coloca a sociedade em alerta, ao afirmar que aquele precedente já não é mais confiável. Pelo uso da técnica de sinalização, o tribunal pavimentava o caminho para invalidar uma doutrina que naquele momento deve ser preservada em virtude de uma confiança ainda nele depositada. Após o que o autor chamou de "aviso prévio", nenhuma confiança poderá ser depositada naquele precedente³²⁹.

Na visão de Luciana da Rocha, a eleição de uma técnica a ser utilizada para superar um precedente depende muito do caso concreto, da vontade dos julgadores de assumir a técnica adotada e das consequências. Nesse contexto, a corte pode realizar a superação integralmente, parcialmente ou apenas sinalizar uma possível superação. No caso deste último, a técnica da sinalização, não realiza a superação do precedente de imediato, apenas avisa/sinaliza para a comunidade jurídica, através do *obiter dictum*, como maneira de rechaçar a confiança antes

³²⁷ ALBAN, Thiago Anton. *Súmula vinculada: uma análise hermenêutica da súmula vinculante*. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2012, p.70.

³²⁸ “*Minority cases, cases decided against a prevailing trend of decisions, thus become the main way in which judges can express views that are contrary to the prevailing jurisprudential trend. Minority cases, therefore, convey information that would otherwise remain buried under the opaque majority decision of the court. Although not directly applicable as a source of law, cases that do not conform to the dominant trend serve as a signal of emerging dissent among the judiciary. Although minority cases typically lose under appeal, we allow for these cases to play a signaling role, informally influencing future decisions.*” (PARISI, Francesco; FON, Vincy. *Judicial Precedents in civil law systems: a dynamic analysis. International Review of Law and Economics* 26, 2006, p.525).

³²⁹ SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: Sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, p.296.

existente com a sua aplicação³³⁰.

O *signaling* é, assim, uma das técnicas de superação de precedentes que se enquadra entre o *distinguishing* e o *overruling*; naquela os tribunais aplicam o precedente, sob o caso em julgamento, ao mesmo tempo em que se sinaliza sobre o seu não seguimento em decisões posteriores. A partir desse contexto, as cortes modulam os efeitos do novo entendimento e os retroagem para o momento de ocorrência do *signaling*. Isto é realizado pelos tribunais para que não haja discussão ou questionamentos sobre a quebra do princípio da confiança³³¹.

Importante destacar que a técnica da sinalização não ignora que o entendimento consubstanciado no precedente não é mais adequado ou está equivocado. O que ocorre é a necessidade de manutenção da segurança jurídica; assim, antes de invalidar o uso do precedente, a sociedade é sinalizada que o entendimento continuado que orientava sua conduta deverá ser revogado. Nesse contexto, o jurisdicionado não poderá mais, a partir disso, alegar justas expectativas normativas, se agir com base no precedente sinalizado³³².

Para Eddie Parish sinalizar não se confunde com modificação de precedentes, é técnica que a precede. Ressalta-se que não há necessidade desse alerta ser dado antes da mudança do precedente, porém é recomendável, pois abala a segurança jurídica alicerçada no entendimento do mesmo. A sinalização não é ato formal realizado pelos tribunais, não é uma afirmação expressa de que se está modificando um entendimento consubstanciado e continuado. O que ocorre é a discussão do entendimento que a Corte entendia como pacífico, não implicando promessa, mas possibilidade de mudança³³³.

Um corte brusco e não esperado pela comunidade de um precedente jurídico pode acarretar consequências danosas e prejudiciais, implicando insegurança jurídica³³⁴. Nesse âmbito,

³³⁰ ROCHA, Luciana da. *Da atribuição de autoridade ao precedente judicial no processo civil brasileiro: o guardião da lei federal e os juizados especiais cíveis*. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011, p.41.

³³¹ AMORIM, João Fernando Carneiro Leão de. *As decisões do pleno do STF: caráter vinculante na aplicação do caso concreto independentemente da edição de súmula*. 2013. 81 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013, p. 34.

³³² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro*. 2011. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011, p.84-85.

³³³ SILVA, Eddie Parish. O efeito da superação de precedentes. *Revista de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*: Salvador, maio de 2014, p.120.

³³⁴ "Um precedente deixa de ter congruência social e consistência sistêmica quando se tornam controversos, ensejando distinções inconsistentes e críticas doutrinárias, assim como se tornam incongruentes e inconsistentes quando uma nova concepção geral do direito, uma nova tecnologia, uma mudança nos valores sociais ou uma substancial alteração no mundo dos fatos impõem sua superação. A incongruência social é uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e as expectativas dos cidadãos, de maneira que a manutenção de um

destaca-se a técnica da sinalização, que avisa, em um caso sob julgamento, sobre o não uso futuro de certo precedente – por questões de ordem sistêmica ou social -, preparando a sociedade e a comunidade jurídica para a revogação. Essa sinalização também impede, em um momento posterior, que seja suscitada a preservação do princípio da proteção à confiança jurídica ou quebra da boa-fé objetiva, afinal já foi dada ciência da superação³³⁵.

Essa técnica se relaciona diretamente com a proteção da confiança. Os jurisdicionados confiaram no precedente judicial e pautaram suas condutas com base nele. Logo, a mudança do precedente não deve de forma abrupta. A técnica de sinalização serve para, festejando o princípio da confiança, informar que a mudança do precedente ocorrerá em futuro próximo.

Dessa forma, percebe-se claramente que a mudança do precedente não pode ser feita de forma abrupta³³⁶. A mudança de entendimento jurisprudencial deve ser amadurecida, deve-se esperar a plantação madurar para ser colhida a messe. Bem por isso, a doutrina desenvolveu o conceito de *signaling*. A técnica de sinalização consiste num procedimento preparatório para a revogação do precedente. Nestes casos, o precedente já vem demonstrando indicativos de que será revogado, porém, muitas relações jurídicas ainda estão fundamentadas naquele precedente que vem se tornando obsoleto. Logo, para que as pessoas que confiaram naquele precedente não sejam surpreendidas com a mudança súbita, passa-se a sinalizar a alteração do precedente, que poderá ocorrer em futuro próximo.

precedente injusto pode até garantir a estabilidade do sistema, mas afeta a segurança jurídica do cidadão que passa a enxergar o Poder Judiciário com descrédito, não identificando nele o reconhecimento das expectativas da sociedade. Para o leigo, a previsibilidade do sistema está diretamente ligada a um equilíbrio e compatibilidade entre as normas jurídicas e as normas da vida real. Já a inconsistência sistêmica é a desarmonia entre as diversas normas que habitam o sistema. Quando entre elas há contradições, incompatibilidades, desajustes, a norma perde a sua consistência, deixando o cidadão sem saber ao certo em qual delas confiar". (SILVA, Eddie Parish. O efeito da superação de precedentes. *Revista de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*: Salvador, maio de 2014, p.100-101).

³³⁵ CARREIRA, Guilherme Sarri. *O princípio da superação jurídica e a superação do precedente judicial*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p.102.

³³⁶ "O processo deve garantir segurança jurídica e não pode ser uma caixa de surpresas, mas sim algo previsível, juridicamente esperado, seguro e igualitário. A retórica, linguística e hermenêutica permitem aos julgadores construir decisões diversas e variadas com variação de juízos de valores e interpretações. É necessário maturar o caso concreto a partir de precedentes anteriores para definição de uma opção hermenêutica para os casos concretos a serem julgados, tendo nestes casos já julgados por tribunais a base para formação do precedente vinculante e obrigatório a ser respeitado com efeito futuro". (SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. *A reclamação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como instrumento pedagógico de efetividade do precedente judicial*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2014, p.34).

5.5 TRANSFORMATION

A *transformation*³³⁷ é uma técnica de superação de precedentes aplicada quando o julgamento é incompatível com a *ratio decidendi* de um precedente. Nesta técnica, o que ocorre é a reconstrução do precedente, relevando-se os fatos considerados não expressivos. Saliente-se que, na transformação, ocorre um erro na tese do precedente que não prejudica o resultado final, pois o que houve, na realidade, foi a elaboração de uma fundamentação desacertada³³⁸.

Para Francisco Rosito, a técnica de *transformation*, também chamada de revogação implícita de precedentes, é medida excepcional e extraordinária que se legitima em casos determinados, dentro de uma estrutura hierarquizada, onde cortes superiores atuam na orientação jurisprudencial. Ela é realizada, em geral, a partir da decisão da corte que a estabeleceu³³⁹.

Há possibilidade de que um precedente continuamente aplicado a casos análogos a ele seja

³³⁷ Veja sobre o tema: "A *transformation*, como o próprio nome sugere, implica uma transformação do conteúdo de um precedente. Esta modificação ou transformação alude a não aplicação de um precedente ao caso em julgamento, em que pese a similaridade apontar *a priori* para sua aplicação. Note-se que havendo similaridade e, portanto, aparente adequação da *ratio decidendi* não há que se falar em *distinguishing*. Ao contrário do *distinguishing*, a técnica da modificação repousa justamente na não aplicação de um precedente por questões, em tese, alheias ao precedente analisado, ou melhor, alheias ao seu núcleo vinculante (*ratio decidendi*). A *transformation* pode se dar pela consideração de fatos e circunstâncias que não teriam sido consideradas como relevantes pelo julgador do precedente formado. Pode, ainda, considerar razões diversas para a formação da decisão do que aquelas obtidas no precedente. *Transformation* e *overruling* se aproximam pelo afastamento e não aplicação de um precedente, em tese aplicável, contextualmente, mas divergem didaticamente por quatro razões, vejamos: a uma, na *transformation* a Corte não se esmera em identificar e apontar qualquer erro no julgamento ou inadequação do precedente, apenas apresenta-se uma fórmula diversa para o julgamento de questões assimiladas face a uma nova perspectiva de julgamento; enquanto no *overruling* o erro ou a inadequação do precedente deve ser motivadamente apontados e, ainda, demonstrada a conveniência de sua revogação; a duas, por não haver erro no julgamento precedente, tal entendimento não é alterado frente ao sistema, passando a coexistir com a decisão transformada; já com o *overruling*, o precedente revogado é extirpado do ordenamento, perdendo validade e aplicabilidade; a três, como não há revogação do precedente transformado, a utilização da técnica da *transformation* não tem o condão de provocar grandes rupturas no sistema, sendo muitas vezes realizada de forma implícita e quase despercebida aos olhos dos demais julgadores, ao contrário do que ocorre com a revogação, que deve sempre ocorrer de forma clara e explícita, anunciando claramente a mudança no ordenamento; a quatro, dada a discricção inerente à utilização da *transformation*, sua aplicação é capaz de gerar alguma confusão na aplicação futura da regra [...]A *transformation* não visa artificialmente à estabilidade do sistema como forma de evitar ou de ocultar a revogação de um precedente. Antagonicamente, como se viu, além do *overruling* de fato não comprometer a estabilidade do sistema, não se justificando a invocação para o seu afastamento, a *transformation* pode servir tanto ao aprimoramento do sistema como forma de amadurecimento de um entendimento, como, também, de certa forma, pode servir a corroborar para o enfraquecimento da confiança de um precedente, preparando ou legitimando uma futura revogação. (POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p.83-86).

³³⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no Sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.93.

³³⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.306-307.

excepcionalmente revogado, devido ao desenvolvimento do Direito e/ou da sociedade. A partir disso, pode ocorrer, mais raramente, a revogação implícita do precedente – *implied overruling* ou *transformation* –, na qual não há imprescindibilidade em aludir o entendimento anteriormente pacificado. A decisão irá apenas seguir um outro vetor, e não mais o antigo. Tal situação assemelha-se a uma ab-rogação indireta de uma lei³⁴⁰.

Assim, a *transformation*³⁴¹ pode ser considerada uma técnica de superação de precedentes, no *common law*, que concede significado diverso a um entendimento jurisprudencial consolidado; é responsável pelo afastamento implícito da norma fixada originalmente em um precedente³⁴².

Para Bustamante, o afastamento – *departure* – de um precedente, pela corte ou julgador, deve sempre vir acompanhado da justificativa e tematização expressas. Nesse contexto, os *departures* inexplícitos – como *transformation* – merecem ser repudiados, pois os afastamentos implícitos estão na contramão dos princípios da universalidade e da imparcialidade, necessários à atividade judiciária³⁴³.

Trata-se de uma técnica que ensejará verdadeira hipótese de mudança de compreensão do precedente. É uma nova interpretação da *ratio decidendi* extraída do precedente. O precedente permanece no ordenamento jurídico, mas com nova interpretação. Por isso se diz que há uma revogação implícita, que deve ficar subentendida, visto não haver um consenso que permita abolir os fundamentos do precedente.

Perceba-se que não se pode confundir a *transformation* com o *overruling* a ser abordado no próximo item. Para Maira Portes a escolha entre uma forma e outra de revogação deve observar que o *overruling* revela que uma doutrina está sendo substituída por outra, a qual vinculará as decisões futuras; na *transformation*, apesar de se haver revogado integralmente o precedente, permanece aberta a possibilidade de que ele venha a ser, eventualmente,

³⁴⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.178-179.

³⁴¹ Veja ainda: "A técnica da transformação (*technique of transformation*) consiste na reorganização do precedente sem revogá-lo. Apesar de a solução alcançada no caso em julgamento, ser incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, pretende-se compatibilizar o resultado do caso em julgamento com o precedente transformado, atribuindo relevância aos fatos". (NOGUEIRA, Hiolany Costa. *Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. UNICEUB, Brasília, 2014, p.35).

³⁴² ROCHA, Luciana da. *Da atribuição de autoridade ao precedente judicial no processo civil brasileiro: o guardião da lei federal e os juizados especiais cíveis*. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011, p. 41.

³⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.388-389.

reanalisado e revogado parcialmente em outros julgamentos. Cabe ao juiz decidir qual dessas possibilidades deve prevalecer, tendo em vista, ainda, dois aspectos relevantes: i) o *overruling* implica a admissão da ocorrência de erro de julgamento, o que não ocorre na *transformation*; e ii) a manutenção da aparência de uma estabilidade jurisprudencial só é possível com a *transformation*³⁴⁴.

No momento em que o Tribunal não utiliza nem o *overruling* nem o *distinguishing* para deixar de aplicar certo precedente no caso concreto sob julgamento, abre-se espaço para a aplicação da técnica do *transformation*, a qual se conceitua como uma transformação/reconfiguração/reconstrução do precedente sem sua revogação formal. Na *transformation* não se anuncia expressamente uma revogação, como ocorre no *overruling*; na transformação o tribunal nega o precedente, sem retirar a possibilidade de seu uso no futuro, mesmo que as razões do precedente não mais sejam aceitas. É válido salientar que o uso da transformação só se sustenta enquanto houver a necessidade de debate quanto ao assunto jurídico tratado no precedente. Contudo, se há maturação do assunto jurídico a ponto de se definir nova regra, o que deverá ocorrer é a aplicação do *overruling*.³⁴⁵

As proposições sociais figuram em todo o raciocínio jurídico, mas desempenham um explícito papel apenas quando uma nova regra deve ser adotada, quando uma regra existente torna-se uma candidata para o *transformation* ou para o *overruling*, ou quando emerge a questão de se a regra existente deve ser *distinguished*, por um lado, ou *extended*, por analogia, por outro lado³⁴⁶.

Com isso, pode-se afirmar que a técnica de transformação é a reconfiguração de um precedente que não mais condiz com as ideias e parâmetros do Direito e da sociedade. Porém, por haver dúvidas quanto à mudança das razões e fundamentos nele estampados, se desenvolve uma reconstrução do precedente, mas sem expressamente retirá-lo do ordenamento jurídico, pois a mudança pretendida ainda está em discussão nos tribunais.

³⁴⁴ PORTES, Maira. *O desenvolvimento jurisprudencial do direito: aspectos da teoria dos precedentes sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p.173.

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.344-346.

³⁴⁶ “Accordingly, social propositions figure in all legal reasoning, but play an explicit role only when a new rule needs to be adopted, when an existing rule becomes a candidate for transformation or overruling, or when the issue arises whether an existing rule should be distinguished, on the one hand, or extended by analogy, on the other” (EISENBERG, Melvin A. *The Principles of Legal Reasoning in the Common Law*. Common Law Theory, Cambridge, 2008, p.101).

5.6 OVERRULING

Conforme afirmado, o direito está afeito a mudanças e, quando as mudanças ocorrem de forma significativa, o direito deve acompanhar, *pari passu*, os novos anseios sociais. As leis, quando se tornam obsoletas, passam por um processo de revogação. Novas leis surgem para melhor acompanhar as mudanças dos costumes da sociedade. O mesmo ocorre com o precedente, que pode ser superado e substituído por outro.

Neste cenário, surge o *overruling*, técnica através da qual um precedente é superado, *overruled*, ou seja, substituído por outro precedente. Importa destacar que para a ocorrência do *overruling* é necessária uma minuciosa motivação e argumentos que justifiquem a necessidade de superação do precedente.

Cruz e Tucci traz a lição no sentido de que está evidenciado que a força vinculante do precedente não impede que determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, vez que a mutação progressiva de paradigmas de interpretação de uma determinada situação fática, dotada de relevância jurídica, é imposta pela historicidade da realidade social, constituindo uma exigência de justiça³⁴⁷.

Assim, as razões que justificam o *overruling* de um precedente devem ser graves ou fortes, como muitos juízes insistem em destacar. Desta forma, o *overruling* de precedentes não pode simplesmente ser considerado arbitrário, porque os juízes têm, e publicam suas razões³⁴⁸.

Com isso, pode-se afirmar que, segundo Neil Duxbury, o *overruling* é uma ação mais ousada e polêmica. Se os tribunais pudessem anular precedentes quando e por qualquer motivo que gostassem, a doutrina do *stare decisis* simplesmente não existiria; e, por isso, parece seguro dizer que o *overruling* não pode ser uma licença de juízes para fazer o que quiserem³⁴⁹.

No Brasil, os juízes julgam, em regra, de acordo com seus próprios entendimentos, desconsiderando os precedentes, inclusive de Tribunais Superiores. Aqui, o *overruling* ocorre

³⁴⁷ TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.180.

³⁴⁸ “The overruling of precedents cannot simply be regarded as arbitrary; judges have, and publish, their reasons.” (BENDITT, Theodore M. *The Rule of Precedent*. Oxford, 1987. p.101).

³⁴⁹ “Overruling, by contrast, is a bolder and more controversial action. If courts could overrule precedents whenever and for whatever reasons they liked, the doctrine of stare decisis would simply not exist; and so it seems safe to say from the outset that overruling cannot be a license for judges to do whatever they wish”. (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008, p.110).

sem a menor cerimônia, supera-se o precedente até mesmo quando ele ainda não foi efetivamente superado.

Diferentemente do que ocorre no sistema baseado no *stare decisis*. Neste sistema, um juiz não pode justificadamente modificar um precedente, a menos que mostre que o mundo mudou de forma relevante para o comportamento em questão. O *Stare decisis*, portanto, fornece uma presunção de que um precedente será seguido a menos que o tribunal demonstre mudança exógena suficiente no mundo social, relevante para superar os valores intrínsecos da estabilidade, continuidade e uniformidade³⁵⁰.

Por isso, percebe-se que o precedente pode ser superado, mas o magistrado tem o dever de explicar os motivos dessa superação. A fundamentação torna-se ainda mais relevante quando da revogação do precedente. Nestes casos, o juiz deve ter o máximo de cuidado na motivação, visto que estará modificando um direito já alicerçado em julgamentos anteriores.

Essa mudança, entretanto, não pode ser abrupta. Muitas pessoas confiaram naquele precedente e pautaram suas vidas com base naquele entendimento. Logo, durante o curso dos julgamentos, os magistrados passam a sinalizar a mudança e o *overruling* só ocorre quando o entendimento de superação já está amadurecido. Logo, não se pode dizer que o *overruling*, no sistema baseado no *stare decisis*, ofende o princípio da confiança.

Para Melvin A. Eisenberg, tratando sobre o princípio da confiança, mesmo que algumas pessoas sejam surpreendidas pelo *overruling*, é improvável que a surpresa seria injusta, porque caracteristicamente as pessoas terão agido de maneira que sabiam ou deveriam saber que aquela mudança poderia acontecer, pois o entendimento anterior não mais se conformava com as normas morais e políticas atuais³⁵¹.

Para Kurt Lash, a estabilidade, previsibilidade e confiança do público na legitimidade presumida da lei podem ser prejudicadas pelo afastamento, ou pelo formal *overruling*, do precedente anterior. Embora consistentemente descrito como uma política discricionária, em oposição a um "comando inexorável", o Supremo Tribunal dos Estados Unidos há muito

³⁵⁰ "But under *stare decisis*, a judge may not justifiably modify or overrule a precedent unless she can show that the world has changed in a manner relevant to the behavior in question. *Stare decisis* thus provides a presumption that a precedent will be followed unless the court demonstrates sufficient exogenous change in the relevant social world to overcome the intrinsic values of stability, continuity, and uniformity". (SINCLAIR, Michale. *Precedent, Super-precedent*. Geo. Mason Law Review, 2007, p.398).

³⁵¹ "Even if some actors were to be surprised by the *overruling*, its unlikely the surprise would be unfair, because characteristically the actors will have acted in a maner that they knew or should have known did not conform to moral norms and policies with substantial social support." (EISENBERG, Melvin A. *The nature of common law*. Cambridge, 1991. p.113).

abraçou a doutrina do *stare decisis* como uma contrapartida adequada, em qualquer momento no qual o tribunal considere aplicar o *overruling*, superando um precedente passado³⁵². Com isso, percebe-se que o *overruling* não é a regra, mas uma exceção.

Quando a corte está decidindo se anula o precedente, uma das questões a serem enfrentadas é considerar em que medida as partes interessadas têm contado com o precedente na organização de seus comportamentos e entendimentos. Esse cálculo é importante para proteger as legítimas expectativas daqueles que vivem sob a lei³⁵³. Logo, o *overruling* só pode ocorrer quando este cálculo for insignificante. Ou seja, um número mínimo de pessoas ainda confia no precedente, visto já estar firmada sua revogação.

Os tribunais, deve ser lembrado, estabelecem preceitos para casos passados e futuros semelhantes. De fato, quando se supera uma decisão, os tribunais submetem uma operação ou situação do passado a uma diferente regra da que foi aplicada quando a situação ocorreu³⁵⁴. Por isso, o *overruling* só deve ocorrer quando já amadurecido o entendimento da superação, nunca de forma repentina.

O *overruling* deve ser analisado em cada caso concreto. Logo, os motivos para *overrule* de um precedente sejam facilmente afirmados, a sua aplicação é necessariamente e sempre específica para cada situação particular. Uma consideração padrão é saber se o precedente provou ser “inviável” na prática. A reconsideração é apropriada quando uma decisão anterior é vista como mal fundamentada desde o início ou não tem sido objeto de contínua controvérsia e confusão. Quando cuidadosamente considerada, cada uma destas ideias relacionadas é outra forma de dizer que um precedente, em particular, nunca conseguiu a

³⁵² “Changes in constitutional doctrine impose costs in terms of the values traditionally associated with the rule of law. Stability, predictability, and public confidence in the presumptive legitimacy of current law all can be undermined by departures from, or formal overruling of, prior precedent. The prudential doctrine of *stare decisis* is meant to ameliorate these costs by counseling judicial adherence to precedent even in those cases where a judge believes the prior decision was wrong. Although consistently described as a discretionary policy, as opposed to an “inexorable command,” the Supreme Court of the United States has long embraced the doctrine of *stare decisis* as an appropriate consideration any time the Court considers overruling past precedent.” (LASH, Kurt T. The cost of judicial error: *stare decisis* and the role of normative theory. *Notre Dame Law Review*, 2014, p.2119).

³⁵³ When the Court is deciding whether to overrule a precedent, one of the issues it must confront is the extent to which stakeholders have relied on the precedent in organizing their behaviors and understandings. That calculus is an integral part of “protect[ing] the legitimate expectations of those who live under the law. (KOZEL, Randy J. *Stare decisis* as judicial doctrine. *Washington and Lee Law Review*, 2010, p.418).

³⁵⁴ “The courts, it must be remembered, establish precepts for past and future cases alike. Indeed, when they overrule a decision of the past, they subject a transaction or situation of the past to a different rule of law than that which obtained and applied to it when it took place” (POUND, Roscoe. What of *Stare Decisis*? *Fordham Law Review*, 1941, p.10).

estabilidade e a previsibilidade que justificam o *stare decisis*, em primeiro lugar³⁵⁵.

No que tange à substituição do precedente, esta pode ser expressa (*express overruling*), ou tácita (*implied overruling*). No *express overruling*, o Tribunal abandona uma orientação anterior quando expressamente adota uma nova; No *implied overruling*, não há expressamente a substituição por uma nova orientação, mas uma oposição, confronto, entre a orientação previamente adotada e a posterior.

Para Bruno Garcia Redondo, o *overruling* pode ser, quanto à forma, expresso ou implícito; e, quanto à eficácia, retrospectivo – eficácia *ex tunc*, prospectivo – *ex nunc* - ou antecipado. Este último varia conforme a utilização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia. Ressalte-se, em especial, a figura do *antecipatory overruling* –, este não é rigorosamente uma revogação, pois não existe uma efetiva revogação pelo tribunal superior, mas é uma demonstração da iminente alteração do precedente pelos tribunais inferiores, os quais deixam de utilizá-lo como forma de prevenção fundamentada na probabilidade de sua superação pelo órgão *ad quem*³⁵⁶.

Sobre a questão da eficácia do *overruling*, considera-se eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), situação na qual o precedente não pode ser utilizado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, ainda que estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. E a eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição³⁵⁷.

Como regra, no Processo Civil, não deve ter eficácia retroativa à superação de um precedente já consolidado, para que possam ser preservadas situações consolidadas. Neste caso, o *overruling ex nunc* é chamado de *overruling prospectivo*. Para que haja um *overruling* que retroage, o *overruling ex tunc*, chamado de *retrospective overruling*, o precedente não pode

³⁵⁵ “Although the grounds for overruling precedent are easily stated, their application is necessarily highly specific to each particular situation. One standard consideration is whether a precedent has proved to be “unworkable” in practice. On a similar note, reconsideration is appropriate when an earlier decision is seen as poorly reasoned from the outset or otherwise has been the subject of continuing controversy and confusion. When carefully considered, each of these related ideas is simply another way of saying that a particular precedent never succeeded in establishing the stability and predictability that justify *stare decisis* in the first place.” (ALSTINE, Michael P. Van. *Stare decisis and foreign affairs*. *Duke Law Journal*, v.61, n.5, February 2012, p.956).

³⁵⁶ REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial: aspectos essenciais. São Paulo: *Revista Dialética de Direito Processual*, jul. 2013, p.17.

³⁵⁷ DIDIER, Fredie. BRAGA, Paulo. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.405.

estar ainda consolidado pois, o sentimento de segurança quanto ao enunciado seria afetado. Tal fato, entretanto, tem posicionamento diferenciado no processo penal, quando for mais benéfico para o condenado.

Eisenberg observa que a maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança ³⁵⁸. A regra na doutrina do *common law* é a revogação com efeitos retroativos; mas, excepcionalmente, diante da confiança justificável no precedente, admite-se o *prospective overruling*. Neste diapasão, o autor ensina que os efeitos prospectivos se justificam a partir da notória credibilidade e confiabilidade do precedente, de modo que não seja provável a sua revogação em virtude de posicionamento contrário dos tribunais e da doutrina.

Também pode ocorrer o *anticipatory overruling*, quando recentes decisões têm sinalizado que haverá uma superação de precedente, fazendo com que haja uma espécie de não aplicação preventiva por órgãos inferiores do precedente das cortes superiores. É preciso esclarecer que não há uma revogação antecipada nesses casos, mas sim a não aplicação do precedente, que é a antecipação de um efeito da revogação.

Para Haroldo Lourenço, o *anticipatory overruling* é uma não aplicação do precedente por tribunais inferiores, com função preventiva, das cortes superiores. Isso consegue se realizar, porque as cortes superiores já sinalizaram a futura superação de dado precedente, o que autoriza a antecipação pelas cortes inferiores³⁵⁹.

Jaldemiro Rodrigues explica que muitas doutrinas se posicionam contrárias ao *anticipatory overruling*, já que se baseiam nos princípios da uniformidade, estabilidade e previsibilidade. Porém, este autor defende a utilização do mesmo no Brasil para que as cortes estaduais e federais não apliquem os precedentes das cortes superiores – com possibilidade forte de revogação - aos casos em julgamento. Os pressupostos para fundamentar o uso do *anticipatory overruling* são os mesmos que justificam a sua aplicação nos Estados Unidos: Suprema Corte com tendência a revogar o precedente, desgaste do precedente e Suprema

³⁵⁸ “The major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance” (EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridg: Harvard University Press, 1998, p.131).

³⁵⁹ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. ano 109. v.417. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.88.

Corte à espera de um caso apropriado para realizar o *overruling*³⁶⁰.

Por fim, vale diferenciar o *distinguishing* do *overruling*. Quando os juízes distinguem os casos, exercem uma função modesta e limitada de legislar ao alterar a *ratio* identificada de um precedente para que ele, a partir de então, só seja aplicado quando surgirem os fatos materiais encontrados no caso precedente e mais um fato ou conjunto de fatos supervenientes. O *overruling*, como o *distinguishing*, muda a regra da *common law* estabelecida por um precedente. Em comparação, no entanto, o *overruling* é um ato mais ousado e mais explícito de um trabalho legislativo, enquanto no *distinguishing* um precedente significa modificar a *ratio*, o *overruling* significa a revogação do precedente³⁶¹.

Uma medida de instabilidade na lei é representada pelo *overruling of precedents*. Mas o próprio *overruling* não é, sempre, a medida da mudança. Geralmente, com a mudança estendida por um longo período, a erosão do precedente é gradual. O *overruling* não tem como efeito uma mudança abrupta na lei; ele reconhece o *fait accompli*, o fato consumado. Em outras palavras, o *distinguishing of precedents*, a distinção de precedentes³⁶², é muitas

³⁶⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no Sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.97-98.

³⁶¹ “When judges distinguish cases they sometimes exercise a modest and constrained law-making function by amending the identified ratio of a precedent so that it henceforth applies only when there arises both the material facts to be found in the precedent case plus some further fact or set of facts. Overruling, like distinguishing, changes a common law ruling established by a precedent. By comparison, however, it is a bolder and more explicit act of law-making: whereas distinguishing a precedent means modifying its ratio, overruling means repealing it” (DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008. p.27).

³⁶² Sobre o tema: "Como se demonstrou, existe há alguns anos a tendência de se utilizar o direito jurisprudencial como fonte do direito especialmente para a busca de resolução das questões envolvendo a litigiosidade repetitiva. Os exemplos mais evidentes são as técnicas de julgamento por amostragem (Causa piloto) mediante o incidente de julgamento de recursos especiais repetitivos e repercussão geral – sob os pressupostos dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil pelos Tribunais Superiores brasileiros. Contudo, o posicionamento absolutamente restritivo que os Tribunais vêm adotando em relação à recorribilidade das decisões proferidas em consonância com os paradigmas firmados tende a “engessar” o direito, praticamente suprimindo a possibilidade de que discussões sobre teses jurídicas já decididas cheguem às instâncias superiores, mesmo diante de circunstâncias que aconselhem a superação do precedente ou a sua não aplicação ao caso concreto (distinção), em razão de peculiaridades essenciais. Ademais, a credulidade de busca de uma identidade evidente entre casos se mostra indubitavelmente superficial em face da dificuldade de se promover a formação de um padrão decisório realmente panorâmico (com respeito ao processo constitucional) e do qual se extraíam com naturalidade as *ratione decidendi*. Assim, é de se esperar que as mesmas razões que induziram a criação das técnicas de *overruling* e *distinguishing* no *common law* se façam sentir na prática forense pátria. O exemplo histórico do *common law* demonstra que uma rigidez excessiva em relação à aplicação dos precedentes judiciais pode levar a resultados indesejáveis, sendo necessário admitir mecanismos que confiram alguma maleabilidade à atividade judicante, mesmo diante de casos aparentemente já assentados na jurisprudência. A necessidade de que os Tribunais Superiores reconheçam algum mecanismo processual para a realização do *distinguishing* (e do *overruling*) no âmbito dos julgamentos por amostragem deverá aumentar, naturalmente, exigindo alguma construção pretoriana capaz de compatibilizar os objetivos dos julgamentos por amostragem (segurança jurídica, isonomia, celeridade) com o caráter dinâmico e discursivo do direito. Algo que na atualidade se busca mediante o CPC projetado, ora em análise na Câmara dos Deputados. Há se de viabilizar urgentemente alguma via de

vezes uma forma gradual e relutante de promover o *overruling* em determinados casos. Desta forma, o processo de *distinguishing* pode, de fato, fazer o serviço para o *overruling* ou ter o mesmo efeito que ele³⁶³.

Assim, resta evidenciado que o *overruling* é a superação total de um precedente que perdeu sua relevância social. O precedente deixa de ser aplicado, pois os anseios sociais mudaram e o direito deve acompanhar essa mudança. As mudanças, entretanto, não podem ocorrer de forma desordenada, como ocorre no Brasil. Aqui o sistema não respeita os precedentes anteriores. Mudanças ocorrem como mudam os ventos. Por isso, grande insegurança jurídica atinge o sistema jurisdicional pátrio.

5.7 UM TRISTE CASO DE *OVERRULING* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIMITAÇÃO DO USO DO *HABEAS CORPUS* PELO STF

Recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento anterior do mesmo Tribunal para não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Com base neste *novel* entendimento, verdadeira hipótese de *overruling* contra o réu, para se impugnar uma decisão que denega pedido de *habeas corpus*, deve-se utilizar o recurso em *habeas corpus*, não sendo mais admissível o *habeas corpus* substitutivo.

acesso às instâncias superiores que permita um *distinguishing* caso não haja similitude entre seus casos e os respectivos paradigmas que autorizaram o sobrestamento/inadmissão. Cabe chamar a atenção, aqui, para o fato de que até mesmo as Súmulas Vinculantes – espécie de “precedente judicial” formulado sob requisitos ainda mais rigorosos que nos casos da repercussão geral e julgamento de recursos especiais repetitivos – têm mecanismos previstos expressamente em lei para sua revisão (art. 103-A, § 2º da Constituição da República, Lei Federal nº 11.417/2006 e Regimento Interno do STF), sendo um paradoxo não admitir a possibilidade de revisão para outras hipóteses. Destaque-se, também que dentro do próprio STF já foram admitidas reclamações para controle das decisões proferidas pelos tribunais locais – Reclamações 7.523/SP e 7.557/SP, de relatoria dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau, respectivamente –, tendo sido este entendimento suplantado no julgamento da Reclamação nº 7569/SP, de relatoria da Ministra Elen Gracie e submetido ao pleno daquele tribunal. O que parece ser indubitável é que os Tribunais Superiores serão instados a enfrentar a questão, construindo pretorianamente algum caminho para a realização do *distinguishing* (e do *overruling*), ao menos enquanto no CPC projetado não implemente regramento técnico, que se espera ser mais preciso e legítimo”. (NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v.1, n.1, jan./jun. 2013, p.22-23).

³⁶³ “I said that one measure of instability in the law is represented by the *overruling* of precedents. But the *overruling* itself is at times not the true measure of the change. Commonly the change extended over a long period; the erosion of a precedent was gradual. The *overruling* did not effect an abrupt change in the law; it rather recognized a *fait accompli*. In other words the *distinguishing* of precedents is often a gradual and reluctant way of *overruling* cases.[...] And for us the process of *distinguishing* may indeed do service for *overruling* or have the same effect” (DOUGLAS, William O. *Stare Decisis*. *Columbia Law Review*, v.49, n.6, June 1949, p.747).

Essa alteração é fruto do julgamento do *Habeas Corpus* 109.956, tendo o Ministro Marco Aurélio como relator, em caso penal originário do Tribunal de Justiça do Paraná e do Superior Tribunal de Justiça, sendo denegadas em ambas as instâncias. A argumentação do ministro Marco Aurélio passa pela sobrecarga de processos, fato que, em sua opinião, seria fundamento adequado para impedir o uso do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Como se vê, um instituto constitucional tão importante vem sendo restringido pela sobrecarga de processos no STF. Por isso, o risco da permanência deste entendimento, fato que será analisado nas linhas seguintes.

Sabe-se que, em primeira instância, caberá recurso em sentido estrito da decisão que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*, conforme art. 581, X, do Código de Processo Penal. Caberá, ainda, a remessa obrigatória ao tribunal no caso descrito no art. 574 do mesmo Diploma Legal: “Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos de ofício pelo juiz: I – Da sentença que conceder *habeas corpus*”.

Na prática, entretanto, os advogados não ingressam com recurso em sentido estrito da decisão que denega o *habeas corpus* apresentado na 1ª instância. É extremamente comum, pela celeridade do rito, a interposição de novo *habeas corpus* substitutivo. Essa solução, durante anos, foi utilizada pelos advogados e ampliada para instâncias superiores. Assim, denegado o *habeas corpus* no Tribunal de Justiça, por exemplo, os advogados ingressavam com novo *writ* perante o STJ e, se denegado neste Tribunal Superior, ingressavam com outro perante o STF, sendo plenamente aceito pelos referidos Tribunais o chamado *habeas corpus* substitutivo.

Conforme art. 102, II, a, e art. 105, II, a, da Constituição Federal, caberá recurso ordinário, respectivamente para o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, da decisão que denegar *habeas corpus*, o que não acontece, na prática, em virtude da celeridade do *writ*. Contrariando esse entendimento, o STF, em julgamento realizado em agosto de 2012, mudou sua jurisprudência para admitir, apenas, o recurso em *habeas corpus* como medida impugnatória das decisões que julgam improcedentes os *habeas corpus* nas instâncias inferiores.

Dessa forma, o *habeas corpus* vem sofrendo sérias restrições em sua impetração, admitindo-se apenas o recurso ordinário em *habeas corpus*, com prazo determinado e tramitação morosa³⁶⁴. Na prática, o recurso em *habeas corpus* é apresentado perante o Tribunal *a quo*,

³⁶⁴ Vejamos o entendimento do STJ: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL

que faz o primeiro juízo de admissibilidade. Em seguida é levado para o setor de digitalização, para ser enviado eletronicamente para o STJ, numa demora de aproximadamente 60 dias.

Sensibilizado com a morosidade na tramitação do recurso ordinário, o Ministro Marco Aurélio assevera em novo julgado: “Sensibiliza a comunidade jurídica e acadêmica a circunstância de o recurso ordinário seguir parâmetros instrumentais que implicam a demora na submissão ao órgão competente para julgá-lo. Isso acontece especialmente nos Tribunais de Justiça e Federais, onde se aponta que, a rigor, um recurso ordinário em *habeas corpus* tramita durante cerca de três a quatro meses até chegar ao Colegiado, enquanto o cidadão permanece preso, cabendo notar que, revertido o quadro, a liberdade, ante a ordem natural das coisas, cuja força é inafastável, não lhe será devolvida. O *habeas corpus*, ao contrário, tem tramitação célere, em razão de previsão nos regimentos em geral. Daí evoluir para, presente a premissa segundo a qual a virtude está no meio-termo, adotar a óptica de admitir a impetração toda vez que a liberdade de ir e vir, e não somente questões ligadas ao processo-crime, à

EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (ex vi do art. 105, inciso II, alínea "a", da CF). 2. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias ordinárias. 3. **Embora se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial (overruling).** 4. A modificação desse entendimento representa o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, andarà em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional. 5. É preciso que se opere uma releitura do *habeas corpus*, cujo objetivo é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático. 6. Nesse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. 7. Verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação inocorrente na espécie. 8. Ademais, o trancamento da ação penal, pela via do *habeas corpus*, é medida excepcional, só admissível quando despontada dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, o que não se vislumbra no caso. 9. Na espécie, a peça de acusação preenche os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, descrevendo, com todas as suas circunstâncias, a infração penal praticada, o que se revela suficiente ao exercício da ampla defesa. De toda forma, em se tratando de crime de autoria coletiva, é desnecessária a descrição pormenorizada da conduta de cada um dos envolvidos, sendo suficiente a demonstração do vínculo entre os réus e os crimes a eles imputados. 10. *Habeas corpus* não conhecido". (HC 147.219/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 31/10/2012 - grifos nossos).

instrução deste, estejam em jogo na via direta, quer porquanto expedido mandado de prisão, quer porque já foi cumprido, encontrando-se o paciente sob custódia³⁶⁵”

Como se vê, a jurisprudência vem sendo modificada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que já admite o *habeas corpus* substitutivo em caso de efetiva prisão, principalmente em virtude da urgência necessária ao caso. Esta é uma prova cabal da morosidade na tramitação do recurso ordinário em *habeas corpus*.

As decisões³⁶⁶ que buscam restringir o uso do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário fundamentam-se no excesso de trabalho, em virtude de poder ser impetrado a qualquer tempo. O que se vê é uma tentativa de usar o recurso ordinário como forma de reduzir a quantidade de ações constitucionais penais. Fica a impressão de que os tribunais superiores buscam causas impeditivas de acesso à justiça, como forma de reduzir o número de processos, sendo obstáculo ao julgamento de mérito dos pedidos de *habeas corpus*.

³⁶⁵ HC 114852, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 15/10/2013, publicado em 20/11/2013.

³⁶⁶ Veja ainda: "HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO WRIT. 1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de habeas corpus, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (ex vi do art. 105, II, alínea "a", da CF). 2. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do writ nas instâncias ordinárias. 3. Embora se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial (overruling). 4. A modificação desse entendimento representa o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, andarà em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional. 5. É preciso que se opere uma releitura do habeas corpus, cujo objetivo é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático. 6. Nesse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente. 7. Verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação inócurrenente na espécie. 8. Conforme a jurisprudência desta Corte, o trancamento da ação penal, pela via do habeas corpus, é medida excepcional, só admissível quando despontada dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria ou materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade, hipótese inócurrenente no caso. 9. As últimas informações colhidas no sítio eletrônico do Tribunal de origem dão conta de que o paciente - que se encontrava preso em razão da prisão em flagrante pela suposta prática do crime de que tratam estes autos, bem como por força do Processo n.º 0002204-58.2005.8.05.0250 (outro crime) - foi colocado em liberdade no dia 12/4/2007 e não mais compareceu em Juízo. 8. Habeas corpus prejudicado em parte e, no mais, não conhecido". (HC 56.212/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 15/10/2012).

Assim se fez nas súmulas e jurisprudências impeditivas de recursos, com claro propósito de reduzir o número de recursos, ferindo de morte o acesso à justiça. A quantidade de *habeas corpus* não é motivo para impedir o seu uso irrestrito nos tribunais superiores. Deve o Judiciário aparelhar-se melhor, na busca do julgamento em tempo razoável, e não buscar subterfúgios, com decisões inconstitucionais, para impedir o acesso aos tribunais e, conseqüentemente, o acesso à justiça.

Tal decisão fere visivelmente o texto constitucional. O *habeas corpus* não pode ser limitado, em nenhuma hipótese, é uma garantia do cidadão contra os desmandos das autoridades públicas. Qualquer restrição, até mesmo em sua forma, é uma ofensa direta à liberdade de locomoção. Exatamente por isso, a jurisprudência que visa impedir o *habeas corpus* substitutivo já vem sendo mitigada e, com certeza, em breve será totalmente superada. Reduzir o uso do *habeas corpus*, ainda que o restringisse ao recurso ordinário, nas instâncias superiores, é violar o acesso à justiça. Por isso, trata-se, o presente caso, de um triste *overruling* no processo penal brasileiro.

5.8 OVERRIDING

Há, ainda, outra técnica de superação do precedente, o chamado *overriding*. Este ocorre quando o tribunal, em função de um princípio legal ou de uma regra, limita o âmbito de incidência de um precedente. Desta forma, há uma espécie de revogação parcial, não uma superação total do precedente, como ocorre no *overruling*, visto no item anterior.

Como dito, o *overriding*³⁶⁷ aproxima-se de uma revogação parcial. Esta técnica tem a função de restringir o alcance do precedente para que haja compatibilização do mesmo com um entendimento construído posteriormente. Marinoni explica que a diferenciação realizada no *overriding*³⁶⁸ presume que o caso anterior tratado pelo precedente teria sido solucionado

³⁶⁷ Veja ainda: “The presumption to date has been that stare decisis values should prevail over the overruling of ‘merely wrong’ precedents. I think that the presumption should be reversed in favor of the overruling of wrong precedents unless their retention can be justified in the circumstances by overriding stare decisis values”. (HARRIS, Bruce V. Final Appellate Courts Overruling Their Own ‘Wrong’ Precedents: the Ongoing Search for Principle. *Law Quarterly Review*, v. 118, p. 408-427, 2002, p. 420).

³⁶⁸ Observe a jurisprudência: "EMENTA AGRADO INTERNO. APELAÇÃO CIVIL. COMÉRCIO DE ÓCULOS DE SOL SEM GRAU. ALVARÁ. ATUAÇÃO DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. EXIGÊNCIA DE REQUISITOS PRÓPRIOS DAS ÓTICAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. julgamento extra petita. AGRADO INTERNO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - O comércio de óculos de sol não mais é

diversamente se ele estivesse sob a perspectiva de uma nova situação ou de um novo entendimento. Nesse sentido, mesmo que essa técnica não indique uma revogação, a sua solução, da mesma maneira que aquela a que se chegou com a aplicação do *overruling*, não se coaduna com o precedente³⁶⁹.

Veja-se que, embora por razões de estabilidade e certeza uma regra possa adquirir certa independência em relação a sua justificação subjacente, ela pode ser *overriden*, quando as razões contra a sua aplicação são poderosas. Quando sua *rationale* é claramente inaplicável ou circunstâncias surgem para desafiar a sua prioridade, a regra está sujeita a uma reavaliação; ou, mais estritamente falando, a sua pertinência para o caso em questão é posta em causa³⁷⁰.

Assim como o *overruling*, o *overriding*³⁷¹ é técnica que impossibilita o engessamento do Direito³⁷², porque, limita o campo de incidência de um precedente no momento em que surge

considerado matéria de saúde pública, estando, por isso, dispensado do regime de vigilância sanitária municipal, razão pela qual a equiparação dessa atividade às empresas óticas ultrapassa os limites do poder regulamentar e do poder de polícia da municipalidade. Overriding, em função da superveniência de uma regra. (TJES, Classe: Remessa Ex-officio, 24080300593, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/08/2009, Data da Publicação no Diário: 02/09/2009) II - Afasta-se a alegação de julgamento extra petita, se consta textualmente do petítório inicial pedido para que a vigilância sanitária municipal se abstivesse de fazer certas exigências, o que implica em necessariamente se reconhecer a ilegalidade da atuação da municipalidade, razão de ser da presente demanda.III - Agravo interno conhecido, mas não provido". (TJES, Classe: Agravo Interno - (Arts 557/527, II CPC) Rem Ex-officio, 24080310311, Relator : MAURÍLIO ALMEIDA DE ABREU, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/10/2011, Data da Publicação no Diário: 14/10/2011).

³⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.348-349.

³⁷⁰ "And while for reasons of stability and certainty a rule may acquire a certain independence from its underlying justification, it is overridden when the reasons against its application are powerful. When its rationale is clearly inapplicable, or circumstances arise to challenge its priority, the rule is subject to reappraisal; or, more strictly speaking, its pertinence to the case in hand is called into question." (ALLAN, T.R.S. Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason. *Common Law Theory*, Cambridge, 2008, p.193).

³⁷¹ "O *overriding* representa a técnica pela qual uma corte restringe a aplicação de determinado precedente, sem, contudo, revogá-lo completamente. [...] Como na técnica da *transformation*, o *overriding* toma em consideração premissas diversas daquelas tidas pelo julgador do precedente sem, portanto, apontar qualquer equívoco naquele. No *overriding*, a Corte encontra-se diante de uma nova realidade que, quando considerada, impõe a substituição da decisão, por uma compatível com a nova realidade. Perceba-se, pois, que diferentemente da *transformation*, o julgador que formalizou precedente em análise não detinha condições de antever aquela situação, portanto, no *overriding* a situação a autorizá-lo deve ser inovadora, ou seja, deve a doutrina tida como fundamento para a derrogação guardar caráter de novidade àquela precedente. [...] O *overriding* não se confunde com o *distinguishing* a medida que os casos sob análise podem ser material e substancialmente idênticos, não admitindo qualquer distinção de fato, porém, o que há é uma nova situação e um novo entendimento no plano dos tribunais e da academia permitindo o tratamento diferenciado". (POLICHUK, Renata. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p.86-87).

³⁷² Veja ainda: "Eleições 2014. Requerimento de registro de candidatura. Ação de impugnação. Crime eleitoral doloso apenado com reclusão. Condenação por órgão colegiado. Inelegibilidade por 08 (oito) anos. Artigo 1º, inciso I, letra e, item "4", da Lei Complementar nº 64/90, na redação dada pela Lei Complementar nº 135/10. Arguição incidental de inconstitucionalidade. Rejeição. Procedência do pedido de impugnação. Registro de Candidatura indeferido. I. Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, as inovações e as alterações empreendidas pela Lei Complementar nº 135/10 são plenamente compatíveis com a Constituição

novo entendimento, regra ou princípio legal. Salienta-se que não se pode equivocar-se quanto à análise do que é técnica de confronto e superação de precedente e do que é apenas uma reforma no julgamento de recurso, assim, não se pode confundir *overriding* com o *reversal* – alteração do entendimento do órgão *a quo* pelo *ad quem*³⁷³.

Para Jadelmiro Rodrigues de Ataíde Júnior, o *overriding* é caso de desligamento do precedente que se faz por meio de distinções inconsistentes. Isto quer dizer que a limitação efetuada com essa técnica realiza-se com fundamento em uma situação relevante que não estava envolvida no precedente³⁷⁴.

Sabe-se que o *overriding*³⁷⁵ é utilizado para que o caso em julgamento tenha um tratamento

da República e suas previsões normativas podem alcançar atos e fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor. Prejudicial de inconstitucionalidade material rejeitada. II. Ainda que se reconheça inegável importância dentro da teoria dos precedentes judiciais (*stare decisis*) à distinção havida entre efeito vinculante vertical e horizontal, a disquisição doutrinária não possui serventia ao caso em julgamento, pois as decisões proferidas pelo STF em sede de fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade são dotadas de eficácia subjetiva erga omnes (geral) e de efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário (*binding effect*), nos termos do § 2º do artigo 102 da Constituição da República e do artigo 28 da Lei nº 9.868/99. III. Assim, enquanto não for empregada pelo Pretório Excelso, e somente a ele cabe fazê-lo, alguma técnica de superação de precedente (*overruling* ou *overriding*), os tribunais inferiores devem observar o comando vinculante daquilo que se decidiu no precedente (*holding*), no sentido da constitucionalidade plena da "Lei da Ficha Limpa". IV. O tipo de inelegibilidade contido no artigo 1º, inciso I, letra e, item "4", da Lei Complementar nº 64/90 não contempla a diferenciação pretendida pelo candidato impugnado entre condenação originária e "manutenção ou confirmação de sentença", bastando que a decisão provenha de órgão colegiado o provenha de a decis nos Tribunais (artifore outras imunidades formais (*freedom from arrest*), amentares (artigo 27- A circunstância de o réu "Samuquinha" ter sido processado e julgado diretamente nesta Corte decorre do estatuto constitucional dos congressistas (artigo 27, § 1º, c/c o artigo 53 da Constituição da República), que assegura aos parlamentares, entre outras imunidades formais (*freedom from arrest*), a prerrogativa de foro nos Tribunais (artigo 53, § 1º). V. No caso dos autos, identifica-se a existência de condenação por crime eleitoral doloso apenado com reclusão, que não possui natureza de infração de menor potencial ofensivo, não tendo transcorrido o prazo de 8 (oito) anos do cumprimento da pena. Configuração da causa de inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, letra e, item "4", da Lei Complementar nº 64/90. VI. Procedência do pedido de impugnação apresentado pelo Ministério Público Eleitoral. Indeferimento do Requerimento de Registro de Candidatura de "Samuquinha".

³⁷³ LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. ano 109. v. 417. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.88.

³⁷⁴ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no Sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012, p.93.

³⁷⁵ "Nos últimos tempos, ocorreu mais intensamente a aproximação entre os sistemas de *common law* e *civil law*. São palavras, como, por exemplo, efeito vinculante (*binding effect*), regras extraídas da decisão (*holding*), fundamentos (*rationale*), os argumentos laterais para resolução do caso (*obiter dictum*), a superação total de um precedente (*overruling*), a restrição do âmbito de aplicação de um precedente (*overriding*), a distinção de um caso em face do precedente (*distinguish*) e casos paradigmáticos (*leading cases*). Não é preciso trazer planilhas de quantas decisões o Supremo Tribunal Federal julgou no ano passado, tampouco de quanto a sua atuação foi difundida no meio jurídico e até mesmo na mídia em geral. Não é preciso mostrar gráficos do crescimento do uso das decisões judiciais para construir e explicar o direito por parte dos manuais jurídicos brasileiros. É fácil perceber que uma ou duas décadas atrás o uso era praticamente nulo. Atualmente, apesar da utilização em geral carente de bases metodológicas de todo consistentes, é difícil encontrar um livro ou artigo jurídico que não cite pelo menos algumas decisões judiciais, ainda que não raro como mero argumento de autoridade. No direito brasileiro, a jurisprudência passou, academicamente, do nada ao alguma coisa. De fato, algumas publicações (livros e artigos) recentes demonstram a interpenetração entre os sistemas de *civil law* e o *common law*. Cada vez mais, as decisões judiciais citam os precedentes. Embora ainda existam dificuldades na pesquisa nos tribunais

distinto quando do surgimento de uma nova regra. Essa situação, com o tempo, pode desencadear o abandono de certo entendimento. Nesse sentido, ressalva-se que, várias vezes, essa técnica é utilizada objetivando um abandono lento e gradual de uma jurisprudência consolidada³⁷⁶.

Assim, tanto o *overruling* como o *overriding* são técnicas de superação do precedente que mantêm o sistema atualizado diante da evolução e do progresso do direito, e permitem a flexibilidade do ordenamento, impedindo a petrificação do direito, sendo que o primeiro enseja uma revogação total, enquanto o segundo aproxima-se de uma revogação parcial.

5.9 EFEITO TEMPORAL DA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES

O tempo sempre foi inimigo do processo³⁷⁷. Em virtude da utilização exagerada de recursos, do aumento diário das demandas judiciais, da diminuição do número de juízes, bem como do

estaduais e em alguns tribunais superiores, o site do STF se destaca pelo bom desempenho: uma Constituição comentada pela própria Corte com trechos das decisões mais importantes após cada um dos artigos, um buscador na maioria das vezes é eficiente quando bem utilizado, um sistema *push* através do qual qualquer cidadão pode se cadastrar para receber periodicamente um informativo dos julgamentos considerados mais importantes pelo tribunal, um sistema de notícias diário que não raro procura suprir a demora inevitável entre o julgamento e a publicação, um esquema televisivo que, mesmo necessitando ser democratizado, tem realizado a transmissão dos bons e maus momentos do tribunal. Atualmente, os julgamentos do tribunal estão disponíveis no site *youtube* e, até mesmo no *twitter*, o STF possui uma página. Não é preciso se alongar nas explicações para perceber que, de fato, houve uma jurisprudencialização do direito. Consta-se que todo esse processo não veio acompanhado de uma reflexão metodológica consistente. Apesar de não constituir mais nenhuma novidade técnicas interpretativas, como a proporcionalidade, ainda são escassos os estudos sobre os precedentes e as técnicas para relacioná-los. Mais escassas são as reflexões metodológicas sobre o estudo detido de um caso específico, como construir um catálogo de casos e de como, a partir desse catálogo, trilhar o caminho a ser seguido antes de propor parâmetros (*standards*) para que a atuação judicial se dê de forma cada vez mais não só racional, isonômica e previsível, mas também de forma justa. (FERREIRA, Siddharta Legale. *Standards: o que são e como criá-los? Revista de Direito dos Monitores da UFF*, v.8, Rio de Janeiro, 2010, p.16-17).

³⁷⁶ SILVA, Celso Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.156.

³⁷⁷ Embora Fernando Horta Tavares não concorde com tal expressão: “Nesta linha de raciocínio, não é o tempo que corrói, porque o tempo apenas passa; em si, o tempo nada pode corroer; já que deflui em marcha: não tem força ou ação para corroer. O tempo, por si só, não causa malefício algum: alguém é quem pode causar danos a outrem, isto é, um sujeito prejudicar o outro, propositadamente ou não. Logo, o tempo não pode ser inimigo, por que só passa, é um acontecimento natural”. (TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2008, p.113). Veja também o conceito de Juventino Gomes de Miranda Filho: “O tempo sempre foi objeto das mais variadas manifestações do pensamento humano. A demora na administração da justiça já foi vista como denegação de justiça! Ou, mesmo, injustiça qualificada, pois contraria o direito das partes, lesando-as em seu patrimônio, honra e liberdade. O tempo é nexó indissociável entre o passado e o futuro. E passado e futuro são elementos integrantes no processo. Se o tempo do processo é um tempo com qualificativo de ordenado ou não, essa distinção não teria sentido pois o que tem interessado aos cultores do Direito é a oportunidade e a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos subjetivos dos jurisdicionados, de modo a conciliar o sacrifício da liberdade individual com o menor dispêndio de tempo possível”. (MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.225).

formalismo de certos procedimentos, a morosidade passou a ser a regra na prestação do provimento jurisdicional.

Assim, os conceitos de tempo³⁷⁸ e de processo estão umbilicalmente ligados. Deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a celeridade e as garantias previstas na Constituição. Isso não quer dizer que o processo deva arrastar-se, ao contrário, deve terminar em tempo razoável³⁷⁹.

Com a massificação das demandas, o fator tempo passou a ter grande importância na resolução destas pelo Poder Judiciário. Houve mudança de paradigma no perfil dos usuários do sistema, que passaram a exigir maior celeridade e respeito ao tempo no processo³⁸⁰.

A dicotomia "tempo e processo", entretanto, não se resume à questão da celeridade do rito processual. Para o sistema de precedentes vale destacar a importância do estudo da *ratio decedendi* no tempo e, ainda, de que forma a mudança do precedente vai atingir fatos anteriores e/ou futuros, ou seja, se terá efeitos retroativos ou apenas prospectivos.

Sobre a questão da eficácia do *overruling*, pode-se falar em eficácia *ex tunc* (*retrospective overruling*), situação na qual o precedente não pode ser utilizado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, que ainda estejam pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. E a eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a *ratio decidendi* do precedente substituído permanece válida e vinculante para os fatos ocorridos e para os processos instaurados antes da substituição³⁸¹.

Para Maira Portes a noção de retroatividade da revogação soa estranha em um sistema acostumado com o manejo da lei escrita, como é o caso do *civil law*, a qual é, por natureza, sempre prospectiva. Contudo, ao se falar em revogação retroativa, o que se espera é que a

³⁷⁸ Na visão de Bergel: “No plano mais geral, o tempo é concomitantemente sentido como um fator de mudança imposto pela natureza e como um entrave para a evolução social sobrecarregada com o peso da tradição. Ora, o legislador pode tanto utilizar o tempo para desacelerar a consagração jurídica dos fatos quanto para favorecer-lhes o dinamismo. Disseram muitas vezes que a codificação imobiliza o direito. Mas o direito poder estar atrasado ou adiantado em comparação a seu tempo”. (BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.161).

³⁷⁹ Como salientado por Wilson Alves de Souza: “Processo e tempo são dois conceitos irremediavelmente indissociáveis. Por mais que se queira um processo célere, existem garantias processuais, a exemplo da audiência do réu e do direito à prova lícita, as quais não permitem soluções instantâneas e imediatas como querem as pessoas menos informadas sobre a dinâmica do processo”. (SOUZA, Wilson Alves. *Acesso à justiça e a responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Local: Coimbra, 2006, p.256).

³⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Leituras complementares de processo civil*. 6.ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008, p.238.

³⁸¹ DIDIER, Fredie. BRAGA, Paulo. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.405.

regra de direito considerada obsoleta não se aplicará a nenhuma relação jurídica que estivesse em curso à época da revogação, mas sim a regra de direito que passou a vigor com a revogação do precedente. Assim, a retroatividade da revogação constitui uma garantia de que o precedente equivocado não será invocado para proteger qualquer relação jurídica, devendo os advogados estarem cientes de que a conduta com base nesses precedentes revogados não poderá ser tratada em termos de confiança³⁸².

Na doutrina de Marcelo Alves Dias de Souza, para precisar o tipo mais adequado de aplicação retroativa e prospectiva deve-se ponderar a escolha do que seja mais escorreito e justo, posto que os critérios de escolha da melhor forma de aplicação do precedente devem ser contrabalanceados com outros elementos, como o nível de confiança entre a sociedade e o precedente e os danos que suportarão os que agiram de boa-fé ao seguir determinada jurisprudência³⁸³.

Logo, pode-se afirmar que a mudança do precedente pode ter efeitos retroativos, atingindo situações anteriores à mudança, ou apenas efeitos prospectivos, ou seja, para o futuro, alcançando apenas casos que surjam depois do referido *overruling*.

Em relação à aplicação retroativa, surge o primeiro desafio para a aplicação do novo precedente: o princípio da confiança³⁸⁴. O efeito retroativo não pode existir quando ainda vigente o princípio da confiança em determinado caso concreto. A mudança do precedente não pode atingir o jurisdicionado se ainda gerava no seio social a confiança coletiva.

Importante destacar que não deve ter eficácia retroativa a superação de um precedente já consolidado para que possam ser preservadas situações consolidadas. Neste caso, diz-se que esse *overruling ex nunc* é chamado de *overruling prospectivo*. Para que haja um *overruling* que retroage, o *overruling ex tunc*, chamado de *retrospective overruling*, o precedente não pode estar ainda consolidado, pois de outra forma, o sentimento de segurança quanto ao

³⁸² PORTES, Maira. *O desenvolvimento jurisprudencial do direito: aspectos da teoria dos precedentes sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013, p.165-166.

³⁸³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p.127.

³⁸⁴ Observa-se, dessa forma, que ao se determinar o alcance da revogação do precedente no tempo, busca-se, simultaneamente, que o manejo da decisão em seu aspecto de precedente não prejudique as partes que dependem dessa decisão como tutela jurisdicional, assim como que o estabelecimento da regra jurídica por meio do precedente não implique a aplicação de entendimentos obsoletos ou que estão fadados à obsolescência ou ao desgaste. Ainda, é possível aduzir que há relevante preocupação em se preservar a confiança do jurisdicionado, seja como destinatário atual da tutela jurisdicional, seja como eventual destinatário, sempre com os olhos voltados à consistência e à coerência do sistema jurídico. (PORTES, Maira. *Op.cit.*, 2013, p.170).

enunciado seria afetado.

Melvin Eisenberg observa que a maior justificativa para a revogação com efeitos prospectivos é a proteção da confiança³⁸⁵. A regra na doutrina do *common law* é a revogação com efeitos retroativos, mas, excepcionalmente, diante da confiança justificável no precedente, admite-se o *prospective overruling*. Neste diapasão, o autor ensina que os efeitos prospectivos se justificam a partir da notória credibilidade e confiabilidade do precedente, de modo que não seja provável a sua revogação em virtude de posicionamento contrário dos tribunais e da doutrina.

Em geral, no *common law* as decisões são, na maior parte das vezes, retroativas. Isto quer dizer que um novo entendimento estabelecido para o caso em julgamento deve ser aplicado às decisões anteriores, estando assim, todos expostos à mesma *ratio decidendi*. Isto se explica, pois há a ideia de que a decisão recentemente modificada para atender novos valores deve abranger e apanhar situações e litígios anteriores cujos processos ainda estão em andamento. Contudo, mais recentemente, as cortes americanas preocupadas com a segurança jurídica, tem se utilizado dos efeitos prospectivos, nos quais os resultados produzem efeitos somente a partir de certa data ou do *overruling* para abrigar a confiança no precedente anterior³⁸⁶.

Para Francisco Rosito, o *retrospective overruling* se refere aos efeitos - dos precedentes -, os quais são abrangidos aos casos e situações no passado. É regra geral do Direito inglês e estadunidense, pois é fruto da teoria clássica. De outro modo, significa que os efeitos de uma revogação operam *ex tunc*; assim, um novo entendimento passa a regular fatos, relações e negócios que estavam sob outro entendimento jurisprudencial. Salienta-se que essa retroatividade se dá com processos ainda em andamento, que não sofreram o trânsito em julgado. Isto se explica porque há na Constituição federal – art. 5º, XXXVI – a previsão de que a coisa julgada deve ser respeitada, como consequência da segurança jurídica³⁸⁷.

João Fernando Carneiro Leão de Amorim apresenta dois tipos de *retrospective overruling*, puro e clássico. No primeiro, a corte amplia a utilização do novo entendimento de modo a atingir até mesmo decisões já transitadas em julgado. No caso do segundo, a aplicação se dá com relação às decisões anteriores, porém, neste, respeita-se a coisa julgada. Salienta o autor

³⁸⁵ “The major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance” (EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge, Harvard University Press, 1998, p.131).

³⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.421.

³⁸⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.331.

que no Brasil há impedimento de uso do *retrospective overruling puro*, pois a Carta Política do país protege a coisa julgada em seu artigo 5º, inciso XXXVI. Contudo, o autor explica que há relativizações, como já as fizeram o Supremo Tribunal Federal com relação às ações de reconhecimento de paternidade anteriores à existência dos testes de DNA³⁸⁸.

Para Howard Yale Lederman, a retroatividade geralmente significa que a *overruling decision* se aplica a ações, eventos e transações anteriores à decisão sujeita a coisa julgada. A retroatividade limitada geralmente significa que a *overruling decision* se aplica a ações, eventos e transações antecedendo a decisão por um determinado período de tempo. A prospectividade seletiva geralmente significa que a *overruling decision* se aplica ao caso superado e a certas outras ações, eventos e transações de casos, mas não a outros casos anteriores à decisão. Por fim, a prospectividade completa significa que a *overruling decision* se aplica apenas a futuras ações, eventos e transações³⁸⁹.

Portanto, o respeito à coisa julgada também admite relativização, principalmente em matéria penal, quando se analisa a possibilidade de concessão da liberdade do indivíduo. Ressalte-se ainda que a revisão criminal pode ser apresentada a qualquer tempo e que, surgindo um fato novo mais benéfico ao acusado, deve ser julgada favoravelmente. Logo, o processo penal possui suas especificidades e não pode ter o mesmo tratamento do processo civil, tema que será abordado no próximo capítulo.

Por fim, vale salientar que além do efeito retroativo, existe o efeito prospectivo. Neste caso, a mudança do precedente deve ocorrer apenas com efeitos para casos futuros. Thomas da Rosa de Bustamante explica que mesmo o *prospective overruling* tendo utilização sistemática pela Corte Suprema dos Estados Unidos, ele não é um instituto original do Direito Moderno, pois já ocorria na jurisprudência das *rotae* italianas dos séculos XVI – XVIII. Tal prática é vista como inovadora fora dos Estados Unidos. No Brasil, ela foi introduzida pelo Supremo Tribunal Federal, sendo importante para o reconhecimento do efeito vinculante das decisões

³⁸⁸ AMORIM, João Fernando Carneiro Leão de. *As decisões do pleno do STF: caráter vinculante na aplicação do caso concreto independentemente da edição de súmula*. 2013. 81 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013, p.35.

³⁸⁹ “Full retroactivity usually means that the overruling decision applies to actions, events, and transactions predating the decision subject to *res judicata*, collateral estoppel, and statutes of limitations. Limited retroactivity usually means that the overruling decision applies to actions, events, and transactions predating the decision by a certain length of time. Selective prospectivity usually means that the overruling decision applies to the overruling case’s and certain other cases’ actions, events, and transactions, but not to others predating the decision. Complete prospectivity means that the overruling decision applies only to future actions, events, and transactions.” (LEDERMAN, Howard Yale. *Judicial Overruling: time for a new general rule*. Michigan: *Michigan Bar Journal*, 2004, p.22).

mais importantes do Supremo³⁹⁰.

Diferentemente, para Francisco Rosito, o *prospective overruling* surgiu na jurisprudência norte - americana, especialmente, em casos onde o princípio da segurança era mais demandado, e em causas relacionadas à direitos reais, obrigacionais e tributários. Essa é uma técnica, que opera efeitos *ex nunc*, que pode se dá de modo limitado – *limited prospective* - ou ilimitado – *pure prospective*. Quando o modo é limitado, a superação se aplica aos processos após a decisão, inclusive ao processo originário. Já no caso em que se aplica o modo ilimitado, a superação realiza-se somente *pro futuro*, não se aplica nem mesmo no processo que lhe deu origem. Por fim, destaca-se o *prospective prospectivity*, o qual se realiza de acordo com um marco anteriormente projetado, assim os efeitos somente ocorrerão a partir de certa data³⁹¹.

O *prospective overruling* pode assumir várias formas. A forma mais comum é o *prospective overruling* "puro". Nesta forma, o efeito da decisão do tribunal se aplica exclusivamente a eventos que ocorrem após a data da mesma. Todos os acontecimentos ocorridos antes são regidos pelo precedente anterior, incluindo os eventos que deram origem ao presente processo. Esta pura abordagem é a forma ortodoxa do *prospective overruling* em tribunais de apelação nos Estados Unidos e Índia³⁹².

Na visão de Thomas Fairchild, o *prospective overruling* é um dispositivo pelo qual um tribunal limita o efeito de uma nova regra para futuras transações somente, ou, mais comumente, para futuras transações e para o caso perante o tribunal que apresenta a oportunidade para o anúncio da mudança. Realmente, embora o dispositivo seja, geralmente, chamado de *prospective*, a particularidade dele é a negação ou a limitação de *overruling*, da aplicação retroativa de uma decisão judicial³⁹³.

³⁹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.414.

³⁹¹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.334-335.

³⁹² “*Prospective overruling can take various forms. The most common form is “pure” prospective overruling. In this form the effect of the court’s ruling applies exclusively to events that occur after the date of the decision. All events occurring before that date are governed by the prior precedent, including the events that gave rise to the current proceeding. This pure approach is the orthodox form of prospective overruling in appellate courts in the United States and India.*” (WALL, J.R.N. *Prospective Overruling – It’s about time*. October, 2007, p.26) .

³⁹³ “*Prospective overruling is a device whereby a court limits the effect of a new rule to future transactions only, or, more commonly, to future transactions plus the case before the court which presents the opportunity for the announcement of the change. Really, though the device is usually called prospective the distinctive feature of it is the denial or limitation of overruling, retroactive application of a judicial decision.*” (FAIRCHILD. Thomas E.

Ressalte-se ainda que a maneira de proteger a confiança política, e forçar a reconsideração legislativa de estatutos constitucionalmente problemáticos, é através de uma extensão da doutrina do *prospective overruling*. Quando um tribunal, prospectivamente, anula uma decisão anterior, decide que a nova *rule of law*, a lei anunciada na decisão de *overruling*, será aplicada apenas em casos que possam surgir no futuro; outros casos continuarão a ser decididas no âmbito da *rule of law*, enunciada na decisão que está sendo *overruled*³⁹⁴.

Com isso, pode-se perceber que o precedente possui efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, e também pode ter efeitos prospectivos, *ex nunc*, desde que se respeitando o princípio da confiança e coisa julgada, na primeira hipótese e aplicando-se de forma limitada – *limited prospective* - ou ilimitada – *pure prospective*, na segunda hipótese.

5.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas estas considerações, firma-se a base doutrinária e jurisprudencial sobre o uso da teoria do precedente judicial no Brasil. Percebe-se que há clara tendência do direito brasileiro utilizar os conceitos do *common law*, bem como criar uma cultura de respeito ao precedente judicial no Novo Código de Processo Civil.

A importação de institutos estrangeiros, entretanto, pode ser perigosa, considerando a diferença cultural entre os países do *civil law* e do *common law*, mas uma coisa é certa: não podemos viver num sistema de total desrespeito ao precedente.

Firmadas as bases do estudo do precedente judicial, com as suas especificidades em relação ao direito brasileiro, passaremos ao tema central deste estudo, que é a possibilidade de o *overruling* dar ensejo à revisão criminal.

Limitation of new judge-made law to prospective effect only: prospective overruling or sunbursting. *Marquette Law Review*, v.51, year 1968, p.254).

³⁹⁴ “The way to protect political reliance and to force legislative reconsideration of constitutionally problematic statutes is through an extension of the doctrine of prospective overruling. When a court prospectively overrules an earlier decision, it decides that the new rule of law-the law announced in the overruling decision-will be applied only in cases that arise in the future; other cases will continue to be decided under the rule of law enunciated in the decision that is being overruled.”(TREANOR, William Michael. SPERLING, Gene B. Prospective Overruling and the Revival of ‘Unconstitutional’ Statutes. Washington: *Columbia Law Review*, 1993, p.1906) .

6 O RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

6.1 GENERALIDADES

Antes de ingressarmos no tema central, objeto deste trabalho, é necessária uma análise, ainda que breve, da hermenêutica jurídica e, também, da norma jurídica, considerando que estes conceitos básicos servirão de fundamento para comprovar a viabilidade da tese proposta.

A necessidade torna-se clara quando é imprescindível perceber as relações existentes entre a norma extraída da lei e a norma extraída do precedente que, em outras palavras, é a própria *ratio decidendi* e, somente o estudo destes temas gerais, nos permitirá uma análise mais completa do tema.

6.2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA

A palavra hermenêutica provém do grego *hermeneuein*³⁹⁵ e significa teoria da interpretação.

³⁹⁵ Veja a lição de Ricardo Maurício Freire Soares: "As origens da palavra hermenêutica residem no verbo grego *hermeneuein*, usualmente traduzido por interpretar, bem como no substantivo *hermeneia*, a designar interpretação. Uma investigação etimológica destas duas palavras e das orientações significativas básicas que elas veiculam no seu antigo uso esclarece consideravelmente a natureza da interpretação em teologia, literatura e direito, servindo no atual contexto de introdução válida para a compreensão da hermenêutica moderna. Destaca que a palavra grega *hermeios* referia-se ao sacerdote do oráculo de Delfos. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia* remetem à mitologia antiga, evidenciando os caracteres conferidos ao Deus-alado Hermes. Esta figura mítica era, na visão da antiguidade ocidental, responsável pela mediação entre os Deuses e os homens. Hermes, a quem se atribuiu a descoberta da escrita, atuava como mensageiro, unindo a esfera divino-transcendental e a civilização humana. Hermes traz a mensagem do destino. *Hermeneuein* é esse descobrir de qualquer coisa que traz a mensagem, na medida em que o que se mostra pode tornar-se mensagem. Assim, levada à sua raiz grega mais antiga, a origem das atuais palavras, hermenêutica e hermenêutico, sugere o processo de tornar compreensíveis, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem. A etimologia registra que a palavra interpretação provém do termo latino *interpretare* (*inter-penetrare*), significando penetrar mais para dentro. Isto se deve à prática religiosa de feiticeiros e adivinhos, os quais introduziam suas mãos nas entranhas de animais mortos, a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para os problemas humanos. Decerto, não há como negar a compatibilidade da referida metáfora de Hermes quando constatamos o objeto mesmo das especulações suscitadas pela hermenêutica: a interpretação. É que o intérprete, nos variegados planos da apreensão cognitiva, atua verdadeiramente como um intermediário na relação estabelecida entre o autor de uma obra e a comunidade humana. A hermenêutica é, seguramente, um tema essencial para o conhecimento. Tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente depende de práticas interpretativas. Como o mundo vem à consciência da palavra, e a linguagem é já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da

Sua origem nos remonta ao mito de Hermes³⁹⁶. Essa figura mitológica aqui trazida de forma figurativa, nos leva a perceber que é indispensável, em qualquer meio de comunicação, a compreensão da mensagem, ou seja, deve haver estrita fidelidade entre a informação proferida pelo emissor e a compreendida pelo receptor.

No direito, essa comunicação se dá através da linguagem. Na lição de Arthur Kaufmann³⁹⁷ a linguagem serve para designar objetos e representar situações fáticas. Do ponto de vista prático, a linguagem serve para a comunicação entre as pessoas.

No dizer de Karl Larenz³⁹⁸, a interpretação seria um processo de duplo sentido, ou seja, uma atividade de mediação através da qual o intérprete consegue extrair o sentido de um texto que se lhe torna problemático³⁹⁹.

Nas ciências jurídicas essa linguagem também deve ser compreendida, e por isso o operador vale-se de critérios de hermenêutica para melhor compreender o sentido e o alcance das normas. Compreender é, na visão de Margarida Maria Lacombe Camargo⁴⁰⁰ indagar sobre as possibilidades do significado de um acontecer próprio das relações humanas. Por isso, acredita a autora que o direito só existe quando compreendido.

Para Antônio Luís Machado Neto⁴⁰¹ a interpretação será o conjunto de operações lógicas que,

própria vida humana". (SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.5-6).

³⁹⁶ O termo hermenêutica deriva do grego *hermeneuein* e significa, hoje, teoria da interpretação. Sua origem deriva do mito de Hermes. Para a mitologia grega, Hermes era filho de Zeus e Maia e considerado um aventureiro. Ao nascer, conta a lenda que mesmo antes de qualquer pessoa vê-lo, foi embora na busca de suas aventuras. A mais comentada de todas as suas aventuras, sem dúvida, foi o furto de parte do rebanho de Apolo ainda criança. Após o furto amarrou alguns ramos de folhas nos rabos dos animais para que não deixassem rastro e, assim, não serem encontrados, levando-os para uma caverna. Apolo, por sua vez, ao dar falta do gado, procurou-o em toda parte sem encontrá-lo, oferecendo, em virtude disso, uma recompensa para quem localizasse o referido rebanho. Um grupo de sátiros, passando pela caverna, ouviu o mugir do gado e uma música que saía de dentro da caverna, levando a conhecimento de Apolo o local onde se encontrava o gado. Hermes foi levado para o Olimpo e na presença de seu pai Zeus confessou o crime deixando-o perplexo em virtude de ainda ser uma criança com pouca idade. Questionado sobre o furto, Hermes confessa tê-lo realizado para sacrificar dois deles aos doze deuses incluindo-se entre estes deuses. Neste momento, Hermes retirou um instrumento musical e começou a tocar perante Apolo e Zeus, deixando-os extasiados. Em virtude disso, Apolo perdoou Hermes que prometeu não cometer outros furtos, recebendo de Zeus a função de ser o mensageiro dos deuses do Olimpo, funcionando como interprete destas mensagens.

³⁹⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 1.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.165.

³⁹⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.439.

³⁹⁹ Para Maximiliano: "Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém". (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.9).

⁴⁰⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.20.

⁴⁰¹ MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5.ed. São Paulo, 1984, p.216.

seguindo os princípios gerais da hermenêutica e visando integrar o conteúdo orgânico do direito, apura o sentido e os fins das normas jurídicas.

Carlos Maximiliano⁴⁰², afirma, por sua vez, que interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado, reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, do texto tudo o que se contém.

Eros Roberto Grau defende que a interpretação não é uma atividade de conhecimento, mas constitutiva, portanto decisional. A interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos. Para o autor, a interpretação é uma atividade constitutiva e não meramente declaratória. O único interprete autorizado pelo direito a definir a norma de decisão é o juiz⁴⁰³.

Definido o conceito de interpretar, não se pode confundir com a própria hermenêutica⁴⁰⁴. São institutos completamente diferentes⁴⁰⁵. Para bem definir o alcance e significado das normas, o operador do direito vale-se de algumas técnicas de interpretação. A primeira delas e mais conhecida é a gramatical. Por meio dessa técnica de interpretação, o operador do direito busca o sentido das palavras, busca, enfim, uma análise morfológica do texto da norma.

Para Lenio Streck a expressão "hermenêutica" significa, tradicionalmente, teoria ou arte de interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo principal é descrever o processo interpretativo-compreensivo. Além disso, a hermenêutica comporta uma descrição prescritiva, pois procura estabelecer um conjunto coerente de regras e métodos para interpretar e compreender os textos do cenário cultural humano⁴⁰⁶.

Na doutrina de José Fabio Rodrigues Maciel, o que distingue a hermenêutica da interpretação é a diferença que vai da teoria científica à sua prática, isto é, a primeira é a ciência, a outra

⁴⁰² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.07.

⁴⁰³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

⁴⁰⁴ "A hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final, o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões do Direito". (FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.154).

⁴⁰⁵ Para Paulo Nader: "No mundo do direito, hermenêutica e interpretação constituem um dos muitos exemplos de relacionamento entre princípios e aplicações. Enquanto que a hermenêutica é teórica e visa a estabelecer princípios, critérios, métodos, orientação geral, a interpretação é de cunho prático, aplicando os ensinamentos da hermenêutica. Não se confundem, pois, os dois conceitos apesar de ser muito frequente o emprego indiscriminado de um e de outro. A interpretação aproveita os subsídios da hermenêutica [...]". (NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.303).

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11a ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.261-262.

constitui a técnica. A hermenêutica tem por objeto, os princípios científicos que disciplinam a apuração do conteúdo e dos fins das normas jurídicas, para o efeito de sua aplicação. A hermenêutica não se refere somente às leis, mas também ao direito nela instituído. O seu objetivo é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo contido nas diversas formas de expressão do direito⁴⁰⁷.

Sem dúvida, o primeiro contato do operador do direito é com a palavra contida na norma. Mas, palavras ou frases não podem ser analisadas isoladamente; além dessa análise filológica, o intérprete deve buscar, em seguida, uma análise lógico-sistemática.

A análise meramente semântica pode levar à contradição, se interpretada isoladamente, sem as informações das outras normas que fazem parte daquele ordenamento jurídico, ou melhor, do sistema normativo⁴⁰⁸.

Além da análise gramatical, o intérprete deve se ater ao momento histórico em que foi criada determinada norma⁴⁰⁹. A norma deve ser interpretada também sob o viés histórico, devendo o hermenauta buscar a vontade do legislador no momento da criação da norma, adequando-a ao momento histórico atual, realizando uma interpretação evolutiva da norma, com base nos vários momentos históricos da sua vigência.

Deve o hermenauta, ainda, para fazer uma interpretação conforme a realidade e ater-se à técnica de interpretação sociológica ou teleológica. Neste caso, o intérprete deve buscar a finalidade da norma, ou seja, analisar para qual fim se destina. A interpretação teleológica-axiológica induz à participação do intérprete na configuração do sentido e alcance da norma⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.83.

⁴⁰⁸ Para Djacir Menezes: “O conhecimento exato das expressões, o exame das palavras de sentido múltiplo, as leis de sua composição, as nuances de significação local, as transformações do sentido, os regionalismos etc., são elementos do processo gramatical [...]”. (MENEZES, Djacir. *Introdução à Ciência do Direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, p.151).

⁴⁰⁹ É o que Miguel Reale chamou de interpretação histórica: “Foi especialmente sob a inspiração da Escola Histórica de Savigny que surgiu outro caminho, a chamada interpretação histórica. Sustentaram vários mestres que a lei é algo que representa uma realidade cultural, – ou, para evitarmos a palavra cultura, ainda não era empregada nesse sentido, – era uma realidade histórica que se situava, por conseguinte, na progressão do tempo. Uma lei nasce obedecendo a certos ditames, a determinadas aspirações da sociedade, interpretadas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável. Feita a lei, ela não fica, com efeito, adstrita às suas fontes originárias, mas deve acompanhar as vicissitudes sociais. É indispensável estudar as fontes inspiradoras da emanção da lei para ver quais as intenções do legislador, mas também a fim de ajustá-las às situações supervenientes”. (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.278).

⁴¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.266-267.

Com tudo isso, percebe-se que o texto não passa da reunião de significados que devem ser devidamente interpretados pelo operador do direito, buscando seu significado e alcance, para dele extrair o resultado da interpretação, que é a essência da norma jurídica. Por isso, torna-se relevante o estudo da norma jurídica.

6.3 A NORMA JURÍDICA

O conceito de norma jurídica é extremamente variado, diretamente relacionado ao momento histórico/filosófico vivido e, por isso, é multifacetado. Sendo assim, faz-se necessário o estudo de alguns fundamentos trazidos pela doutrina.

Robert Alexy corrobora tal entendimento ao afirmar que o emprego do termo "norma" se relaciona a preceito, regra, mandamento, que são de uso comum de outras ciências, além do direito. O emprego da expressão norma é caracterizado pela variedade de sentidos, pela vagueza que acompanha seu conceito⁴¹¹.

Hans Kelsen⁴¹² argumenta que a norma jurídica é um imperativo posto pela autoridade competente, uma permissão ou uma atribuição de competência. Mesmo sabendo que tais imperativos são expressos por sinais linguísticos, para ele não se trata de um mero enunciado, mas de um comando, de um ato produtor do Direito, seja ele emanado do legislador, da Administração Pública ou do juiz⁴¹³.

Carlos Cossio explica a constituição da norma como conceito representativo da conduta se constrói, não importando se ela é pensada ou criada, de maneira igual. Isto porque a mesma se constitui quando ela é um dado da consciência. O legislador cria a norma geral, e o juiz a individualiza através da sentença, sendo que este último atua sobre o pensamento do

⁴¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.51.

⁴¹² Veja-se ainda: "Norma dá a entender a alguém que alguma coisa deve ser ou acontecer, desde que a palavra norma indique uma prescrição, um mandamento. Sua expressão linguística é um imperativo ou uma proposição de dever-ser. O ato, cujo sentido é que alguma coisa está ordenada, prescrita, constitui um ato de vontade. Aquilo que se torna ordenado, prescrito, representa, *prima facie*, uma conduta humana definida. Quem ordena algo, prescreve, quer que algo deva acontecer. O dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade, e – se a norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo". (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p.01).

⁴¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: M. Fontes, 1999, p.81.

legislador; nesse sentido, tanto um quanto o outro produz normas, mas em posições diferentes⁴¹⁴.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, normas jurídicas são pré-decisões, através das quais há construção de resoluções/sentenças, assegurando que certas decisões sejam constituídas. Nesse cenário, o objeto dos enunciados normativos é a decisão que deve ser eleita, sendo que a partir daí ocorre o surgimento de conflitos, pois há na norma ângulos distintos – por ex.: ser preso ou não ser preso. A norma, portanto, realiza a tarefa de determinar a decisão a ser construída⁴¹⁵.

Neste aspecto, a norma serve de fundamento para a construção da decisão. Importante notar que, no sistema de precedentes, a decisão também é fonte de norma. Logo, se o Brasil adotar o sistema de respeito aos precedentes, teremos a norma extraída da lei, que servirá de fundamento para a decisão e a norma extraída do precedente, que é a própria *ratio decidendi*. Por isso, a norma do precedente também servirá para determinar a decisão a ser construída.

Noberto Bobbio entende norma, do ponto de vista formal, como proposição, pois as normas fazem parte de uma categoria geral, a das proposições prescritivas. Explica-se que proposição – do tipo norma - é composta de um sujeito e de um predicado, os quais são unidos por uma cópula. Nesse contexto, essa forma chama-se juízo, o qual possui um significado, não sendo apenas um conjunto de palavras. Bobbio ainda chama a atenção que uma proposição dotada de sentido e retirada de uma lei pode se constituir inválida ou injusta por diversas razões⁴¹⁶.

Veja-se que o texto da lei não se confunde com a norma que é extraída dele. Portanto, fica claro que outras normas podem ser extraídas de outros textos que não apenas a lei e que a norma pode ser extraída de vários textos em conjunto.

Humberto Ávila chama a atenção ao afirmar que *normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto de interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver

⁴¹⁴ COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954, p.109-110.

⁴¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio et al. *Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático*. In: *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p.07.

⁴¹⁶ BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2005, p.73-74.

uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte⁴¹⁷.

O mesmo entendimento é defendido por Friedrich Müller. Para ele, a norma jurídica apresenta-se como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (programa da norma) e do conjunto de dados reais conformes ao programa da norma (âmbito normativo). Nessa estrutura, a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão. O texto da norma não é elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do caso a ser decidido juridicamente⁴¹⁸.

Para o autor, a propriedade do direito de ser elaborado de forma escrita e publicado segundo um determinado procedimento ordenado por outras normas, não é idêntica à sua qualidade de norma. Ela é conexa aos imperativos do Estado de Direito e da democracia. Além disso, mesmo no âmbito do direito vigente, a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizada. A decisão é elaborada com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material de Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos escritos que não são idênticos ao texto literal da lei⁴¹⁹.

De tal modo, a norma surge tanto da lei quanto também de outras fontes do direito. A norma pode surgir do costume, pode surgir da lei (vista sempre em sentido amplo, não apenas lei ordinária, mas também dos textos constitucionais, lei complementar, regulamentos, decretos), dos princípios gerais e também dos precedentes judiciais.

6.4 A RELAÇÃO ENTRE A NORMA EXTRAÍDA DA LEI E A *RATIO DECIDENDI*

O legislador, analisando o universo de bens da vida, seleciona alguns desses bens e passa a dar a eles a proteção do direito penal. Com o objetivo de proteger tais bens, passa a definir leis penais, criminalizando condutas com base em critérios de política criminal.

O sujeito, então, possui duas possibilidades: a) seguir a lei penal ou b) violar a lei penal. Se ele comporta-se conforme a norma, nenhuma consequência penal lhe sobrevém. Se viola a lei

⁴¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 9.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.30.

⁴¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.07.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p.55-56.

penal, surge para o Estado, naquele momento, o *jus puniendi*. O Estado, atingido pelo delito, passa a exercer a *persecutio criminis*, com o objetivo de punir o agente da conduta criminosa. Inicia-se então o processo penal geralmente com o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e segue até o momento em que o juiz decidirá o futuro do acusado, condenando-o ou absolvendo-o, a depender das provas produzidas diante do contraditório judicial.

O juiz busca, na lei penal, nos princípios do direito, na doutrina, na equidade, nos costumes e na jurisprudência elementos para decidir o caso concreto, interpretando as fontes e extraindo delas a norma, que não se confunde com o simples texto, pois a norma é o texto interpretado.

Ao interpretar o texto legal e extrair dele a norma, o juiz define o conteúdo e o alcance do texto da lei. Esse texto interpretado nada mais é do que o conjunto de razões e fundamentos extraídos do texto, agora transformado em norma, visto que já interpretado pelo juiz com definição de alcance e significado. Nada mais é do que o conjunto de razões que levaram o magistrado a interpretar o texto legal e que servirá de base para o julgamento do caso penal.

O magistrado, em seu ofício de julgar, enuncia a norma e decide o caso concreto, fundamentando a decisão com base nestes argumentos fáticos e jurídicos. O acusado da conduta criminosa é, então, julgado e, depois de ingressar com os recursos possíveis, a decisão transita em julgado e deve ser executada pela justiça penal.

Para José de Oliveira Ascensão, as normas enunciadas pelos juízes como critério de resolução dos casos podem ficar concretizadas num acórdão com força obrigatória geral. Neste caso, passou a existir uma fonte. A consolidação do modo de exprimir passou a representar um elemento, objetivamente, constitutivo daquela ordem jurídica. Os intérpretes passarão, assim, a debruçar-se sobre ela para procurar novas formulações, que podem ou não coincidir com a adotada na fonte. O que era norma passou a valer como fonte, portanto como repositório ou origem de normas⁴²⁰.

Para Michel Villey o legislador teria dado ao juiz a ordem de completar a lei, delegando-lhe a competência de criar normas suplementares, o que foi chamado de "poder normativo do juiz". O autor afirma que devemos lançar nosso olhar para além dos textos positivos, das quais procedem as leis e as decisões judiciais, questionando sua verdadeira origem⁴²¹.

⁴²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito introdução e teoria*. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.499.

⁴²¹ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: Definições e fins do direito: Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.222-224.

Com base na doutrina dos precedentes judiciais obrigatórios, dessa decisão se extrairá agora a *ratio decidendi*, ou seja, as razões e fundamentos jurídicos da decisão que se tornaram relevantes e definiram o julgamento, passando a influenciar futuros casos, com base no sistema do *stare decisis*, que também ontologicamente pode ser considerada uma norma.

O magistrado, ao dirimir uma demanda, além de criar uma norma de caráter individual, cria uma norma de caráter geral, que é a *ratio decidendi*, construída pela jurisprudência e localizada nos fundamentos jurídicos essenciais da decisão, é a tese jurídica aplicada na resolução do caso.

O sistema passa a ter a seguinte composição: O juiz interpreta o texto legal, extrai dele a norma e decide o caso concreto. Deste caso, se extrai a *ratio decidendi* que passará a influenciar novos julgamentos e também é uma norma. Os juízes deverão aplicar obrigatoriamente aquele precedente, sem se afastar dele, com base no sistema do *stare decisis*.

Por isso, percebe-se que a norma extraída da lei pode influenciar a criação da norma extraída do precedente (*ratio decidendi*) e a norma extraída do precedente (*ratio decidendi*) passará a influenciar novos julgamentos. Logo, existe uma relação direta, até de semelhança entre a *ratio decidendi* e norma extraída do texto legal. Ambas são normas jurídicas, apenas extraídas de textos diferentes. O primeiro da lei e o segundo do precedente, mas a essência é a mesma.

6.5 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

Seguindo a mesma linha de raciocínio descrita no item anterior, o texto da lei não possui valor se não for interpretado, se não for possível compreender o alcance e o significado do texto, a lei, em si mesma, deixa de ter relevância para o direito penal, pois se tornará incompreensível.

Com o objetivo de definir os bens jurídicos relevantes e dar a eles a proteção do direito penal, o legislador define, através da lei, os tipos penais, cuja conduta deve ser realizada pelos jurisdicionados, e o legislador tenta controlar as condutas sociais através do direito penal, criando condutas típicas, previstas na lei. A consequência do descumprimento da lei é a sanção penal.

Por isso, o legislador brasileiro definiu o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX,

da Constituição Federal e também no art. 1º, do Código Penal. Pelo princípio da legalidade "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei" e, no direito penal, em sua especificidade, "não há crime sem lei anterior que o defina e nem pena, sem prévia cominação legal".

Assim, o princípio da legalidade⁴²² tem relação direta com o constitucionalismo, movimento político e jurídico construído e fomentado pelas ideias iluministas do século XVIII, do qual participaram Rousseau, Voltaire e Beccaria⁴²³. A consequência central desse princípio é a

⁴²² Sobre o tema, vale a análise jurisprudencial: "FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. ARTIGO 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Não há adequação típica à conduta de subtrair pulsos telefônicos e não há nos autos, comprovação idônea, de que se trata de uma forma de energia. O legislador definiu ser ilícito penal a interceptação, a recepção ou receptação de linha telefônica. 2. Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade, constituem os três pilares básicos do direito penal moderno. **Segundo o conceito formal de legalidade, um fato somente constituirá uma infração criminal quando assim estiver previsto em uma norma legal, no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP).** Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado somente pode ser aplicada a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça. **Deste modo, mesmo em sua concepção formal, este princípio "limita a intervenção estatal" e "serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, ou baseada numa lei imprecisa ou retroativa" (Roxin), ou seja, como uma garantia ao indivíduo. A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular legitimadora das normas penais.** Este critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo, se determinem com precisão, tanto para os cidadãos, quanto para as instituições. **Ainda, neste critério essencial se concentram as esperanças de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros. Dessa forma, a legalidade penal é um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos juízes e dos tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existiam no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais.** 3. Os efeitos da adoção do princípio da legalidade se irradiam nas fontes do direito penal, no processo tipificador e na individualização da pena. A exclusão da interpretação analógica, criativa ou extensiva, prejudicial ao imputado, determinada pela reserva legal, aplica-se tanto na concretude das normas criminais contidas na parte geral do código penal, quanto nas especiais e nas extravagantes. É um imperativo da incidência da *lex stricta* a respeito da responsabilidade criminal, que engloba a descrição típica, a sanção e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena. Essa proibição significa "a repulsa de uma aplicação do direito que ultrapasse o sentido que caiba atingir pela exegese de uma norma jurídico-penal", englobando todas as circunstâncias de uma lei penal, das quais depende a punibilidade da conduta, assim como as consequências jurídicas do fato, inclusive as medidas de segurança. Isto para evitar o desvio do fim normativo, o limite interpretativo fixado aos operadores jurídicos, e também para que os magistrados não criem normas penais "mais além do que permite o teor literal legal" (Roxin). Apelos providos. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 6a. Câmara Criminal. Apelação 70031611650. Comarca de Casca. Rel. Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 29/10/2009. Publicação: Diário da Justiça do dia 26/11/2009). (grifos nossos).

⁴²³ Veja ainda o pensamento de Guilherme de Souza Nucci: "A origem histórica do princípio da legalidade data de 1215, Magna Carta, onde a expressão original da legalidade, *by the law of the land*, foi adulterada em uma posterior edição da Magna Carta para *Due process of law*. Neste início, ela que garantia ninguém fosse preso ou privado de seus bens pela vontade do soberano, obrigando os julgadores a utilizarem as leis constituídas pela comunidade – leis consuetudinárias. Nesse percurso histórico ressaltam-se: a construção propriamente dita da

subordinação do Estado às normas. Com base nesse princípio, a Lei Fundamental, que é a norma constitucional, está acima das demais⁴²⁴.

Para Márcia Dometila Lima de Carvalho, o princípio da legalidade gerou injustiças na sua utilização formalista, o que provocou desgastes, especialmente no âmbito penal onde existe maior apego à legalidade e seus corolários. Nesse contexto, a lei é válida, mas não eficaz a todo momento, posto que ela nem sempre expressa a justiça. Destarte, o também chamado princípio da reserva legal só pode ser totalmente eficaz quando a vontade do legislador é suficientemente clara, de maneira tal que não se possa construir decisão arbitrária⁴²⁵.

O princípio da legalidade nada mais é que a limitação efetiva do poder punitivo do Estado, consagrado pela fórmula latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para este princípio, apenas a lei é fonte de elaboração das normas incriminadoras; sendo assim, não admite desvios nem exceções, para que haja obediência às imposições da justiça⁴²⁶, ou seja, o princípio da reserva legal é um definidor de conteúdo de normas incriminadoras, porque os tipos penais devem ser concebidos por meio de lei, emanada do Poder Legislativo, de acordo com o procedimento constitucional existente para tanto. Tal princípio está previsto no art. 5º, XXXIX, da CF/88, assim como no art. 1º, do Código Penal⁴²⁷.

De acordo com Luiz Regis Prado, o princípio da legalidade é verdadeira pedra angular do sistema de Direito, sendo um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. A reserva legal abre espaço para garantias e consequências, o que implica restrições ao legislador e ao intérprete da lei, cumprindo funções de garantia, como liberdade pessoal do cidadão e limitação das fontes formais do direito. O seu significado científico-jurídico aparece tanto na dimensão psicológica – Feuerbach - quanto na dimensão da tipicidade – Beling⁴²⁸.

Como se vê, o princípio da legalidade deve ser analisado, inicialmente, como uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado. Não haverá crime sem lei anterior que o defina e,

legalidade, realizada por Beccaria em sua obra *Dos delitos e das penas* e influenciada por Montesquieu e Rousseau; e a formulação da frase latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege* advinda de Feuerbach. Destaca-se que todo esse trajeto consagrou a tipicidade". (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.42).

⁴²⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p.54.

⁴²⁵ *Ibidem*, loc.cit.

⁴²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 9.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2004, p.10.

⁴²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.*, 2014, p.20-21.

⁴²⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010, p.140-141.

consequentemente, pena, sem prévia cominação legal. Para a definição dos tipos penais esta regra não pode ser excepcionada. Por isso, na definição dos crimes, só haverá o cometimento deles se houver uma lei anterior que o defina e, por ser uma garantia, não admitirá flexibilidade.

Mesmo nesta análise positiva, torna-se necessária a interpretação do texto legal. Sem a definição do alcance hermenêutico, o texto legal torna-se imprestável, visto que incognoscível. Logo, mesmo havendo a descrição dos tipos na lei, e sendo isso exigível, torna-se imprescindível entender a norma existente naquele texto descritor de tipos penais.

Para Luiz Flávio Gomes a norma jurídica é gênero ao qual pertence a norma penal. Essa norma é depreendida dos textos legais incriminadores. Os textos legislativos são os veículos de tais normas. Essas normas podem ser de conduta ou de sanção. As primeiras são normas que definem o âmbito do proibido, aquilo que não pode ser realizado, e têm como destinatários os agentes sociais; as segundas são normas de sanção que cuidam do castigo, limitando o âmbito do punível e têm como destinatários os juízes⁴²⁹.

Nestes casos, percebe-se que o autor apenas se refere aos textos normativos incriminadores, interpretados restritivamente, visto ser impossível a *analogia in malam partem*. O costume, a jurisprudência e a doutrina não podem criar condutas penais e nem ampliar os tipos, pelo uso limitado do princípio da legalidade.

Cláudio Brandão afirma que, nestes casos, o princípio da legalidade⁴³⁰ exclui qualquer incidência incriminatória fora do próprio texto legal. A relação entre lei e tipicidade não admite outra forma de realização, visto ser a adequação da conduta ao tipo proibido pela lei. Logo, sem lei não pode haver tipicidade. É impossível desvincular-se o princípio da

⁴²⁹ GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.15-16.

⁴³⁰ Veja também: "O princípio da legalidade no direito penal alemão, sob o ponto de vista de sua previsão legal, segue uma larga tradição. Pode-se dizer que o legislador alemão sempre considerou a ideia de legalidade como um primado de garantia, no sentido de que a sua previsão legal consolida o seu *status* como horizonte sobre o qual se projeta a estrutura dogmática do direito penal alemão. Já, sob este aspecto, o dogmático, a doutrina alemã tem apontado, como postulados fundamentais do princípio da legalidade, os seguintes: (a) a fundamentação da pena e o agravamento não podem realizar-se por meio do direito consuetudinário (*lex scripta*); (b) a impossibilidade de aplicação analógica da lei penal (*lex stricta*); (c) a irretroatividade da lei penal (*lex praevia*); e d) a lei penal deve ser precisa, ou seja, seu conteúdo e limites devem ser definidos, na medida do possível, pelo próprio texto de lei (*lex certa*). No entanto, o desenvolvimento legislativo no âmbito alemão e a *praxis* judicial têm caminhado em sentido diverso, isto é, no sentido da flexibilização do princípio da legalidade, na medida em que abdica dos postulados básicos que asseguram a liberdade do cidadão". (GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Revista Direito GV*, São Paulo 6(2), jul-dez 2010, p.576-577).

legalidade da tipicidade⁴³¹.

Ao lado das normas incriminadoras, existem outras normas não incriminadoras. São as normas permissivas que podem ser: a) justificativas; b) exculpantes e c) explicativas. As primeiras, são normas que definem condutas antijurídicas, com exclusão do próprio ilícito penal. As segundas são normas que excluem a culpabilidade penal e, as últimas, normas que complementam ou explicam conceitos penais.

Estas normas não se limitam às mesmas restrições da norma incriminadora e não podem ficar adstritas ao texto da lei. Elas surgem dos costumes, da doutrina, dos princípios gerais do direito e, de igual forma, dos precedentes, que também são fontes do direito e, conseqüentemente, fontes normativas.

Ressalte-se que essas normas podem, inclusive, ir de encontro às normas legais. Hermes Zaneti Júnior aponta que o princípio da legalidade teve sua ascensão junto à da subsunção racional formal, o que sucedeu no período do Estado liberal – todo o século XIX até a 1ª Guerra Mundial –, momento no qual também ocorreu a consolidação do modelo judicial moderno. A decisão *contra legem* é vedada, engendrando uma atuação jurídico-política pré-constituída. Já no Estado Democrático Constitucional, a legalidade emerge negociada, posto que surjam demandas civis de princípios constitucionais e, portanto, de preceitos indeterminados, aumentando, conseqüentemente, o número e o uso de cláusulas gerais e normas programáticas. Salienta-se o aparecimento de causas complexas que passaram a exigir conhecimentos específicos, técnicos, além de uma formação jurídica distante da rotina judiciária produtivista e quantitativa anteriormente fomentada⁴³².

Ora, a matriz racional e subsuntiva do paradigma legalista, no qual a lei é a fonte única, primária e confiável para resolver todas as questões emergidas dentro do sistema, foi sucedida por técnicas legislativas mais abertas – ex.: cláusulas gerais – submetendo o juiz à elaboração no caso concreto, e a doutrina à procura de modelos normativos da jurisprudência, objetivando conferir estabilidade ao Direito aplicado⁴³³.

Paulo César Busato afirma que o costume e os princípios gerais do direito, portanto, somente

⁴³¹ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal. Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.93.

⁴³² ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. 2005, 399f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p.230.

⁴³³ COSTA, Martins. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFGRS*, v.II, n.4, junho, 2004, p.347-379.

podem empregar sua eficácia através das causas de justificação ou integrando o conteúdo dos elementos valorativos do tipo, ou seja, só podem ser utilizados *in bonam partem*⁴³⁴.

Com isso, fica claro que o princípio da legalidade deve ser repensado. Sua análise restrita fica adstrita apenas aos casos das normas penais incriminadoras. Nos demais casos, sempre que houver benefício ao acusado, a norma penal poderá ser extraída dos costumes, dos princípios gerais, da doutrina e, também, dos precedentes.

6.6 AMPLIANDO O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA

A regra estabelecida pela Constituição Federal, em seu artigo art. 5º, XL, assevera que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"⁴³⁵. Este enunciado também tem previsão no art. 2º, do Código Penal, visto afirmar que "ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado".

Yuri Carneiro Coêlho afirma que a lei penal não deve retroagir, salvo nas hipóteses em que venha a beneficiar, de alguma maneira, o agente. A retroatividade prejudicial ao agente fere garantias fundamentais descritas pela Carta Magna, constituindo a irretroatividade da lei mais gravosa um direito fundamental. Trata-se de um corolário lógico do princípio da reserva legal, derivando da condição de não existir crime sem lei anterior que o defina, impedindo sua retroatividade para fatos que à época não eram penalmente puníveis⁴³⁶.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli o princípio da irretroatividade da lei penal tem caráter constitucional, de modo que a lei penal só será aplicada aos fatos ocorridos depois da sua entrada em vigor. Em virtude do princípio da legalidade, ficam afastadas as leis *ex post facto*. Entretanto, tal princípio reconhece uma importante exceção que consiste na

⁴³⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p.44-45.

⁴³⁵ No processo penal este princípio tem suas especificidades: "O tema sobre a relação entre tempo e processo tem importantes reflexos na discussão sobre direito intertemporal. Em especial, em razão da discussão sobre a temporalidade das leis penais, que somente retroagem para alcançar fatos passados quando são benéficas ao acusado, ao passo em que o tratamento da temporalidade do direito processual segue o parâmetro do *tempus regit actum*". (BARROS, Flaviane de Magalhães. *Tempo e processo. Os reflexos do direito intertemporal nas reformas do processo penal*. Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos códigos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.153).

⁴³⁶ COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. Volume único. São Paulo: Atlas, 2014, p.76.

admissão de efeito retroativo da lei penal mais benigna⁴³⁷.

Destes dois textos legais referidos acima se extrai o princípio da irretroatividade da lei penal e sua exceção, em caso de ser mais benéfica ao acusado. Com isso, pode-se afirmar que o Código Penal traz em seus dois primeiros artigos princípios da maior relevância. O primeiro, princípio da legalidade, visto no item anterior e, o segundo, da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu.

Pietro Nuvolone sintetiza o tema ao afirmar que a matéria ficaria assim disciplinada: a) princípio geral da irretroatividade; b) princípio da retroatividade e da ultra-atividade da lei penal mais favorável; c) princípio da não ultra-atividade da lei penal mais desfavorável e d) princípio da ultra-atividade, até da lei mais desfavorável, quando se tratar de leis penais temporárias e de exceção⁴³⁸.

Bem é de ver-se que, segundo a doutrina, a lei penal, nesta aplicação temporal, deve ter classificada em: a) *novatio legis* incriminadora; b) *novatio legis in pejus*; c) *novatio legis in melius* e d) *abolitio criminis*.

A *novatio legis* incriminadora surge quando uma conduta que era considerada atípica passa a ter a proteção do direito penal. Com isso, uma conduta que era permitida passa a ser considerada criminosa, após a entrada em vigor da nova lei penal. Essa lei acrescenta um novo crime ao sistema jurídico. Já *novatio legis in pejus*⁴³⁹ é a lei penal nova mais gravosa ao agente. Neste caso, a norma penal já existe e delimita a existência de um delito, mas é piorada, através de nova lei penal que entra em vigor, majorando a pena, por exemplo.

Nestes dois casos, como a lei penal nova cria um delito, na primeira hipótese ou piora a

⁴³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v.1. Parte geral. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.197.

⁴³⁸ NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Trad. Ada Pelledrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p.43.

⁴³⁹ Veja a jurisprudência do STJ sobre o tema: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RECONHECIMENTO DE MAJORANTE INCLUÍDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO POR LEI PENAL POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CONSIDERAÇÃO DA DATA DA POSTAGEM PELO CORREIO. IMPOSSIBILIDADE. AFERIÇÃO PELO PROTOCOLO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. I - A *novatio legis in pejus* não pode retroagir para prejudicar o réu atingindo com maior rigor situação fática anterior à sua vigência (art. 5º, inciso XL da Lex Fundamental). II - Na hipótese dos autos, tendo em vista que o homicídio culposo na direção de veículo automotor foi cometido no ano de 2003, inadequado o reconhecimento da majorante decorrente da influência de álcool do agente condutor, incluída no ordenamento jurídico em 08/02/2006 pela Lei nº 11.275/2006 (inciso V, do parágrafo único, do art. 302 do CTN), e atualmente revogada pela Lei nº 11.705/2008. III - A tempestividade do recurso especial é determinada pelo protocolo de seu original no Tribunal, e não pela data em que foi postado na agência dos correios (Precedentes). Ordem parcialmente concedida". (HC 155.024/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).

situação do agente, na segunda, não será possível a retroatividade destas leis, visto que, em ambas as hipóteses, a situação do réu será agravada, pois estamos diante da chamada *lex gravior*. Por isso, a aplicação será sempre restrita, não admitindo ampliações.

Os demais casos possuem tratamento diverso. A *novatio legis in melius* é a lei penal nova que vai melhorar a situação do agente. A nova lei penal, neste caso, vai abrandar a situação penal do acusado da conduta criminosa, reduzindo-lhe a pena, por exemplo. Já a *abolitio criminis*⁴⁴⁰ é a lei penal nova que vai descriminalizar a conduta, deixando-a de considerar crime, como ocorreu recentemente com o delito de adultério. Em ambos os casos, estamos diante da chamada *lex mitior* e terá total retroatividade para alcançar também os fatos anteriores.

Estes princípios, entretanto, não estão adstritos à lei penal, eles devem ser ampliados para outras fontes do direito. Ressalvadas as primeiras hipóteses, em que há claro prejuízo ao agente, nas outras, ou seja, quando houver uma mudança para beneficiar o agente, o conceito de lei deve ser ampliado e substituído pelo conceito de norma, visto que o texto, sem interpretação, torna-se imprestável.

Por isso, Cláudio Brandão assevera que os costumes não podem ser utilizados para a incriminação de condutas nem para ensejar penas, porque isso seria uma violação à segurança do ordenamento penal, que exige para a caracterização do preceito legal a formalização legal da conduta, em virtude da reserva legal, princípio basilar do direito penal⁴⁴¹. Entretanto, a

⁴⁴⁰ Sobre o tema veja a decisão do STF: "EMENTA: AÇÃO PENAL. Tráfico de entorpecentes. Comercialização de "lança-perfume". Edição válida da Resolução ANVISA nº 104/2000. Retirada do cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito. Abolitio criminis. Republicação da Resolução. Irrelevância. Retroatividade da lei penal mais benéfica. HC concedido. A edição, por autoridade competente e de acordo com as disposições regimentais, da Resolução ANVISA nº 104, de 7/12/2000, retirou o cloreto de etila da lista de substâncias psicotrópicas de uso proscrito durante a sua vigência, tornando atípicos o uso e tráfico da substância até a nova edição da Resolução, e extinguindo a punibilidade dos fatos ocorridos antes da primeira portaria, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal". (HC 94397, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-02 PP-00237).

⁴⁴¹ Veja a ratio decidendi que se extrai deste precedente: "A meu ver, o correto enfrentamento diz respeito ao princípio da legalidade, sobre o qual tenho dito: Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade, constituem os três pilares básicos do Direito Penal moderno. A concepção meramente formalista da reserva legal, ou seja, da primazia da lei sobre os homens, sobre as instituições e sobre o Estado, além de colocar o primado da potestade punitiva acima do respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, de potencializar a defesa social em detrimento da defesa individual, não reflete sua essência, a qual tem raízes históricas que não podem cair no esquecimento. Segundo esta concepção formalista, um fato somente constituirá uma infração criminal quando assim estiver previsto em uma norma legal, no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP). Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado somente pode ser aplicada a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça. Deste modo, mesmo em sua concepção formal, este princípio "limita a intervenção estatal" (Hassemer) e "serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, ou baseada

norma costumeira pode ser invocada para beneficiar o réu, isto é, *in bonam partem*. Para o autor, o costume pode até evitar a tipicidade de uma conduta, pelo consenso social, ao considerar determinada conduta como socialmente adequada⁴⁴².

Com isso, afirma o autor que o costume poderia até mesmo impedir a tipicidade de uma conduta, evitando a punição do agente. Isso é defendido pela teoria da adequação social,

numa lei imprecisa ou retroativa” (Roxin), ou seja, como uma garantia ao indivíduo. Todavia, a adoção do princípio da legalidade não induz unicamente à incorporação a um sistema jurídico de normas legais escritas, claras, precisas (concepção formal), pois o Estado também pode atuar legalmente implantando uma política criminal do terror e vingativa com suporte em disposições legais. Além da intrínseca “debilidade política” (Ferrajoli), a concepção formal da reserva legal permite que se considere infração criminal uma norma penal ilegítima, porque originária do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. Por isso, o conceito é mais amplo; sai da esfera estritamente formal do *nullum crimen, nulla poena, sine lege* (art. 5º, XXXIX, da CF) propiciador da aplicação do *ius puniendi*, para atingir, proteger e garantir os direitos fundamentais (arts. 1º, III, 5º, XLI, XXXV e LXVIII, da CF) (Streck). A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular legitimadora das normas penais. O poder de criar, de aplicar e de executar as leis criminais está limitado pelas disposições normativas criadas pelo Poder Legislativo, quem detém a legitimidade da cidadania para dizer quais são os fatos que constituem uma infração criminal e qual a pena aplicável nas hipóteses de transgressão do preceito criminal (art. 22, I, da CF). A incidência da sanção penal ocorrerá num processo criminal conduzido por um órgão jurisdicional predeterminado legalmente. Assim, a essência da legalidade penal está na legitimidade e na legitimação do exercício do poder de criar a lei e de aplicá-la com um sentido de garantia à cidadania. Portanto, o princípio da legalidade, além de dar seguridade a um ordenamento jurídico, constitui-se em uma garantia protetiva dos jurisdicionados frente ao *ius puniendi*. [...] Este critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo, se determinem com precisão, tanto para os cidadãos, quanto para as instituições. Ainda, neste critério essencial se concentram as esperanças de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros (Hassemer). Dito de outro modo, enfatizamos que o sentido material do princípio da legalidade informa que somente o Poder Legislativo tem competência para estabelecer os elementos de uma infração criminal, quais são suas sanções e sua limitação, por meio de um processo legislativo constitucional (art. 59 da CF). Estas garantias interferem na descrição típica (garantia criminal), na delimitação da sanção (garantia penal) e em seu cumprimento (garantia de execução). Além destas garantias vinculadas essencialmente ao Direito Penal, este princípio reflete uma garantia de natureza processual ou, mais precisamente, jurisdicional, no sentido de que a satisfação de uma pretensão e da resistência processual, unicamente pode ocorrer no cenário do devido processo, com todas as garantias (art. 5º, LIII, LIV, LV, da CF, v.g.). A natureza constitucional do princípio da legalidade, informador do Estado de direito, serve de norte a toda atividade dos operadores jurídicos, dentro do espírito das normas superiores da Constituição (Streck). A transparência no processo de criação das normas penais, em sua aplicação e em sua execução conduz a um ordenamento jurídico confiável aos cidadãos, livre de conveniências subjetivas e de concepções meramente formais. Portanto, a limitação do princípio de legalidade atinge as normas incriminadoras, limitadoras da potestade punitiva, mas não as protetivas dos direitos e das liberdades fundamentais. Com isso, está plenamente justificado o reconhecimento de causas supralegais de exclusão de tipicidade, ilicitude ou de culpabilidade. Dessa forma, a legalidade penal é um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existiam no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais”. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 7a. Câmara Criminal. Apelação 70014406417. Comarca de São Jerônimo. Rel. Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 30/03/2006. Publicação: Diário da Justiça do dia 12/04/2006).

⁴⁴² BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal. Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.84-85.

concebida por Hans Welzel⁴⁴³ e largamente divulgada no direito penal. Dessa maneira, o autor defende a possibilidade de um costume retroagir e impedir a punição do réu, no curso de uma ação penal.

Na visão do autor, a norma extraída do costume pode retroagir para beneficiar o agente da conduta penal. O que dizer-se então da norma extraída do precedente? Se for mais benéfica para o réu, deve retroagir? A resposta deve ser positiva.

Ora, se é possível extrair do precedente a *ratio decidendi*, que é a sua norma, ou seja, o texto do precedente interpretado, nada impede que, sendo mais benéfico para o agente, possa ter ele efeito retroativo para alcançar, inclusive, condutas anteriores. Consequentemente, a *ratio decidendi*, por também ser fonte do direito, pode retroagir para beneficiar o agente.

Tal entendimento é corroborado por Paulo Queiroz, ao afirmar que o direito não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, motivo pelo qual constitui o ser do direito. A lei e sua interpretação são inseparáveis. Logo, o discurso sobre a retroatividade ou não da lei deve ser o mesmo em relação à jurisprudência, não sendo possível a retroatividade da nova jurisprudência contrária ao réu⁴⁴⁴.

Assiste razão ao autor, o direito não existe se não for interpretado. Logo, a lei sem interpretação não serve para o direito, consequentemente, estamos diante da supremacia da norma e não da lei. Por isso, lei e interpretação passam a andar *pari passu*. Não importa se a norma é extraída do texto legal ou do precedente, se for mais benéfica ao acusado, deve ser utilizada em seu favor. Logo, a norma extraída do precedente se for mais benéfica ao acusado, deve ser utilizada em seu favor, até mesmo em sede de revisão criminal.

6.7 UMA NOVA LEITURA DO ART. 621, I, DO CPP. O *OVERRULING* COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

Foi visto em capítulo anterior que as hipóteses de cabimento da revisão criminal estão

⁴⁴³ A adequação social representa o âmbito normal de liberdade social. Por isso, exclui-se a tipicidade material das condutas socialmente adequadas, ainda que possam ser formalmente subsumidas no tipo penal. (WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.60).

⁴⁴⁴ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.102.

dispostas no art. 621, do Código de Processo Penal⁴⁴⁵. Em todos os casos descritos na referida legislação, a essência é sempre a necessidade de desconstituir uma condenação criminal injusta.

A primeira hipótese trata da decisão contrária à lei ou à evidência dos autos e, entende-se por lei, nesse caso, não somente a norma de direito penal, mas, de igual modo, a norma procedimental penal, bem como, a legislação extravagante.

Ser contrária à lei é tratá-la como se não fosse válida ou como se não estivesse em vigor; é tratá-la como se não existisse, não aplicando os preceitos descritos por ela em seu conteúdo material ou processual. Este é o entendimento tradicional.

Assim, o artigo 621 do Código de Processo Penal estabelece, no seu inciso I, que a revisão do processo será admitida “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal⁴⁴⁶”. Pela análise meramente literal do texto, poder-se-ia pensar que somente a mudança da lei, em sentido restrito, ensejaria a revisão criminal.

Tal entendimento não pode ser restritivo, mas sim ampliativo⁴⁴⁷. Quando o Código de Processo Penal afirma que caberá revisão criminal quando a sentença estiver em descompasso com a lei, está a tratar, não meramente do texto legal, mas sim da norma que se extrai dele. O

⁴⁴⁵ A revisão criminal poderá ser apresentada nos seguintes casos: a) Quando a decisão for contrária à letra expressa da lei ou contrária à evidência dos autos. b) Quando a decisão se fundar em depoimentos, documentos ou exames falsos. c) Quando surgirem provas novas de inocência do réu ou causa de diminuição de pena.

⁴⁴⁶ Para Gustavo Badaró a expressão "lei penal" deve ser interpretada de forma ampla, incluindo qualquer tipo de ato normativo que tenha sido invocado como fundamento da condenação. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*: tomo II, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.299).

⁴⁴⁷ Criticável este entendimento jurisprudencial: "RECURSO ESPECIAL. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE ANTE A CONTROVERTIDA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 621, I DO CPP. PARCELAMENTO. CONTRIBUIÇÕES. EMPREGADORES. VEDAÇÃO. **O art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal, determina que caberá revisão criminal "quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei", o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal.** O benefício da suspensão da pretensão punitiva do Estado, prevista no art. 9º, da Lei n.º 10.684/2003, não é extensivo ao parcelamento das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, sendo alvo de expressa vedação legal, consolidada no veto presidencial ao § 2º, do art. 5º, daquele dispositivo legal. Recurso conhecido e provido". (REsp 706.042/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 363). Por fim: "PENAL E PROCESSO PENAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ARMA DE BRINQUEDO. CANCELAMENTO DA SÚMULA N.º 174 DO STJ. HIPÓTESE QUE NÃO AUTORIZA O CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL. PRECEDENTE. 1. A sugerida divergência não foi demonstrada na forma preconizada nos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. 2. **Ademais, ainda que assim não fosse, o acórdão vergastado não merece reparos, uma vez que o art. 621, inciso I, do Código de Processo Penal determina que caberá revisão criminal "quando a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei", o que não pode ser confundido com mudança de orientação jurisprudencial a respeito da interpretação de determinado dispositivo legal.** 3. **Recurso especial não conhecido**". (REsp 508.695/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2003, DJ 03/11/2003, p. 344). (grifos nossos).

texto sem interpretação equipara-se a um corpo sem alma. Se a norma prevista na lei mudar, a sentença anteriormente definida passa a estar em dissonância com ela, e, se tal mudança for mais benéfica ao condenado, será fundamento para a revisão criminal.

Este entendimento, todavia, deve ser ampliado para abranger, da mesma forma, a mudança da norma contida no precedente, que é a própria *ratio decidendi*. Se houver mudança na *ratio decidendi*, hipótese de *overruling* com efeitos retroativos, sendo mais benéfica ao agente, deve servir de fundamento para a revisão criminal.

Tal compreensão é reafirmada por Paulo Queiroz⁴⁴⁸. Para o autor, o direito é o que os juízes e tribunais (mas não só eles) dizem que é, visto que só é direito aquilo que é reconhecido como tal. Por fim, completa asseverando que, pela mesma razão, a alteração da jurisprudência, se mais benéfica ao réu, deve retroagir, de sorte a admitir a revisão criminal⁴⁴⁹.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes afirmam que esse conceito não deve restringir-se à lei em sentido estrito mas todo direito, em

⁴⁴⁸ O STF tem posicionamento contrário: "REVISÃO CRIMINAL, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONTROVERSIA SOBRE SE A NÃO-OBSERVANCIA DO ARTIGO 514 DO C.P.P. ACARRETA NULIDADE ABSOLUTA OU RELATIVA. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JA AFIRMOU O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO CABE REVISÃO CRIMINAL SOB ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA E CONTRARIA A TEXTO EXPRESSO DA LEI PENAL AINDA QUANDO HÁ MUDANCA DE JURISPRUDÊNCIA EM FAVOR DA TESE SUSTENTADA PELO CONDENADO. NO CASO, O NÃO-CABIMENTO DA REVISÃO AINDA E MAIS EVIDENTE, UMA VEZ QUE A QUESTÃO CONTINUA CONTROVERTIDA, NÃO HAVENDO SEQUER FIXAÇÃO NITIDA DE JURISPRUDÊNCIA COM RELAÇÃO A QUALQUER DAS TESES EM CONFRONTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO". (RE 113601, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/06/1987, DJ 25-09-1987 PP-20417 EMENT VOL-01475-04 PP-00633) . "Revisão Criminal. Crimes de roubo contra vítimas diversas. Condenação sem reconhecimento da constitucionalidade delitiva. Mudança de jurisprudência. O STF tem se orientado no sentido de não admitir a revisão criminal, com base no art. 621, I, do Código de Processo Penal, quando o requerente fundamenta a súplica, apenas, na mudança de jurisprudência sobre a matéria, relativamente à época em que ocorreu a decisão revisanda. Hipótese em que o suplicante meramente reitera pedido já indeferido, na Revisão Criminal nº 4645-0/SP, sem demonstrar qualquer fundamento novo. Súplica de revisão criminal não conhecida". (RvC 4722, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1984, DJ 26-04-1985 PP-05888 EMENT VOL-01375-01 PP-00061) . "PROCESSUAL PENAL. 1) REVISÃO CRIMINAL. MUDANCA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NÃO AUTORIZA, POR SI SÓ, REVISÃO CRIMINAL. 2) CRIME CONTINUADO. O ACRÉSCIMO PELA CONTINUIDADE DELITIVA INCIDE SOBRE A PENA QUE O JUIZ FIXARIA, SE NÃO HOUVESSE ESSE AUMENTO, E NÃO SOMENTE SOBRE A PENA-BASE". (RE 99584, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Segunda Turma, julgado em 05/04/1983, DJ 13-05-1983 PP-06508 EMENT VOL-01294-05 PP-01161 RTJ VOL-00105-03 PP-01301) . "REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. CRIME CONTINUADO. MUDANCA DA JURISPRUDÊNCIA. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM SE ORIENTADO NO SENTIDO DE NÃO ADMITIR A REVISÃO CRIMINAL, COM BASE NO ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUANDO O REQUERENTE SUSTENTA, APENAS, A MUDANCA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA, RELATIVAMENTE A ÉPOCA EM QUE OCORREU A DECISÃO REVISANDA. PRECEDENTES DO STF.. REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA". (RvC 4645, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 01/04/1982, DJ 17-08-1984 PP-02908 EMENT VOL-01345-01 PP-00056 RTJ VOL-00115-02 PP-00617). (grifos nossos).

⁴⁴⁹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal. Parte Geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.102.

tese, desde que afrontado, a justificar a revisão criminal⁴⁵⁰.

O Ministro Soares Muñoz assevera que, no direito brasileiro, não existe a revisão fundada em divergência jurisprudencial. Entretanto, é possível admiti-la, tendo em vista que a sentença condenatória impõe um juízo de certeza, quer quanto aos fatos, quer quanto ao alcance da lei aplicável ao caso. Para ele, se o STF é o intérprete máximo da lei, se é quem expressa a vontade e o conteúdo da lei, não há porque não aplicar o art. 2º, do Código Penal, mediante revisão criminal, quando favorável ao requerente⁴⁵¹.

Outro entendimento relevante é o de Odone Sanguiné, ao afirmar que é admissível revisão criminal pelo condenado pedindo a aplicação de jurisprudência mais benéfica, desde que consolidada ou sumulada. Nestes casos, ocorrem os mesmos fundamentos que servem para admitir a retroatividade da lei mais benéfica, isto é, quer o princípio humanitário, quer exigências derivadas do princípio da igualdade, ou até mesmo por questões de justiça material⁴⁵².

Há, ainda, o entendimento do Min. Leitão de Abreu, em voto no STF, ao afirmar que a norma, ou a lei, se relaciona com uma realidade exterior, mas condiciona a sua existência. Assim, o sentido da norma não se extrai somente dela, cumprindo ao juiz inspirar-se em elementos que resultam da relação dialética entre norma e realidade, entre o normativo e o sociológico. Para ele, não há inconveniente no uso da revisão criminal com base na mudança da jurisprudência⁴⁵³, pois não há no nosso sistema processual penal revisão criminal *pro*

⁴⁵⁰ FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes Filho; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação nos tribunais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.317.

⁴⁵¹ Em voto vencido na Revisão Criminal n. 4592 (Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/1980, DJ 27-02-1981).

⁴⁵² "Outro ponto polêmico é a possibilidade de admitir revisão criminal das condenações com fundamento na jurisprudência posterior mais benéfica em relação àquela que vigorava ao tempo do crime ou da condenação. A esse respeito, temos ponto de vista firmado no sentido de que é admissível ação revisional pelo condenado pedindo a aplicação da jurisprudência mais benigna, desde que consolidada ou mesmo sumulada. Nesta situação concorrem os mesmos fundamentos que servem para admitir a retroatividade da lei mais favorável, isto é, quer o princípio humanitário, quer exigências derivadas do princípio constitucional da igualdade, no fundo, razões político-criminais ou de justiça material. Se inadmitida a revisão criminal ao impetrante da ação revisional se lhe conferiria tratamento desigual, mais gravoso, do que o aplicado aos novos acusados submetidos à jurisprudência mais favorável". (LEAL. Saulo Brum; KINZEL, Inez Maria. Prefácio. *In*: SANGUINE, Odone. *Notas sobre revisão criminal. Doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1994, p.10).

⁴⁵³ Os Tribunais entretanto, em sua maioria, permanecem com pensamento contrário: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CP. PENA-BASE. MULTA. SUBSTITUIÇÃO. REGIME INICIAL. CONTRARIEDADE AO TEXTO EXPRESSO DE LEI OU A EVIDÊNCIA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. 1. Não verificada qualquer contrariedade da decisão à lei penal ou à evidência dos autos, nem configurada a ocorrência de erro técnico por parte do magistrado, não procede o pedido de revisão de julgado findo. 2. A mudança de orientação jurisprudencial não autoriza a revisão criminal". (TRF-4 - RVCR: 35309 RS 2006.04.00.035309-9, Relator: NIVALDO BRUNONI, Data de

societate, mas unicamente em favor do réu⁴⁵⁴.

Aury Lopes Júnior afirma ser possível o cabimento da revisão criminal com base em novo entendimento jurisprudencial mais benéfico, desde que seja pacífico e relevante. Para o autor, uma mudança efetiva do entendimento jurisprudencial, com o rompimento de paradigmas, deve ensejar a referida ação autônoma de impugnação, como ocorreu com relação à inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os crimes hediondos⁴⁵⁵. Para ele, assim como a nova lei penal mais benigna tem efeito retroativo, a mudança da jurisprudência, também, deve ter o mesmo efeito, sendo cabível a revisão criminal para sua obtenção⁴⁵⁶.

Veja ainda que, segundo Odone Sanguiné, cabe de maneira análoga à irretroatividade da jurisprudência desfavorável ao réu, a aceitação da retroatividade de jurisprudência mais benéfica, admitindo-se, conseqüentemente, a revisão criminal. Tal retroatividade baliza-se pela produção de algum resultado benéfico no âmbito de direitos do condenado. Ademais, para retroagir é necessário que o novo entendimento esteja já consolidado jurisprudencialmente em sentido diverso daquele sustentado ao tempo do delito ou da condenação, posto que não se autorize uma mera divergência de entendimento. Diante de todo o contexto é válido destacar que a maior parte da doutrina pátria não admite a revisão criminal com base em dissídio jurisprudencial, pois ainda é forte o argumento formal estampado no

Julgamento: 17/07/2008, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: D.E. 25/07/2008). "PENAL. AÇÃO REVISIONAL. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES.CORREÇÃO.PRESCRIÇÃO. 1. Não é legítimo valorar negativamente antecedentes que em verdade referem-se a fatos posteriores, inclusive após declarados prescritos, de todo modo verificados em continuidade delitiva com aqueles objeto da decisão condenatória. 2. A mudança de orientação jurisprudencial não autoriza a revisão criminal. 3. Excluído o caráter negativo dos antecedentes e reduzida a pertinente pena, resta operado o curso da prescrição pela pena concretizada". (TRF-4 - RVCR: 47821 RS 2005.04.01.047821-6, Relator: NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 29/06/2006, QUARTA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 05/07/2006 PÁGINA: 486). "Revisão Criminal. Mudança de rumo na orientação jurisprudencial. Quando ocorre. A mudança de rumo na jurisprudência não autoriza a revisão criminal. Todavia, não se pode considerar como orientação jurisprudencial, decisões que divergem da maioria e da própria jurisprudência de Tribunais Superiores". (TJ-SC - RVCR: 866071 SC 1988.086607-1, Relator: José Roberge, Data de Julgamento: 25/10/1995, Seção Criminal, Data de Publicação: Revisão criminal n. 2.756, de Curitiba.).

⁴⁵⁴ Em voto vencido na Revisão Criminal n. 4592 (Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/1980, DJ 27-02-1981).

⁴⁵⁵ Veja ainda a jurisprudência: "Ementa: REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ESTUPRO. VARIAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RETROAÇÃO 'IN BONAM PARTEM'. REGIME CARCERÁRIO. NA ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM BENEFÍCIO DO JURISDICIONADO, É IMPOSITIVO O DEFERIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, ATRIBUÍDO EFEITO RETROATIVO À MODIFICAÇÃO JURISPRUDENCIAL, QUER PELA EXIGÊNCIA PURA E SIMPLES DE APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL, QUER POR RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TODOS PERANTE A LEI. MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE O CRIME DE ESTUPRO E A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. EXCLUSÃO DO TIPO BÁSICO DO ESTUPRO (ART. 213 DO CP). RECONHECIMENTO DO DIREITO A SER TRATADO EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES. REVISÃO DEFERIDA". (Revisão Criminal Nº 70002052959, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 22/06/2001).

⁴⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1322.

Código de Processo Penal, artigo 621, I, no qual apenas a sentença condenatória contrária ao texto expresso de lei penal⁴⁵⁷.

Paulo Queiroz reafirma que o Direito não existe anteriormente à interpretação, posto que resulte deste exercício; sendo assim, a interpretação constitui o ser do Direito. Nesse diapasão, interpretação e lei são indivisíveis. A partir deste fato, o discurso da retroatividade ou da irretroatividade da lei deve ser o mesmo para com a nova jurisprudência, afinal, o direito é o que os julgadores dizem que é, o que o poder - Poder Judiciário - diz que é. Por fim, deve-se retroagir a alteração de jurisprudência que beneficie o infrator, e não deve retroceder quando for para prejudicá-lo⁴⁵⁸.

O entendimento majoritário da doutrina é de que a retroatividade deve se dar apenas em relação à lei, conforme preceitua a Carta Política de 1988. Porém, Rogério Sanches Cunha apresenta tese diversa e minoritária; assim, a jurisprudência mais benéfica deve retroagir em favor do réu, além de possibilitar a revisão criminal⁴⁵⁹.

Como se vê, a mudança da *ratio decidendi* enseja uma nova interpretação da norma extraída do precedente e, se esta norma for mais benéfica ao agente, visto não ser admissível revisão criminal *pro societate*, nada impede que a mesma seja utilizada em favor dele, mesmo em sede de rescisória penal com efeitos retroativos.

Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, no caso concreto, quando a jurisprudência com valor geral muda de critério e considera atípica uma ação que até esse momento era considerada típica, provoca um escândalo jurídico, pois as pessoas que realizem idênticas ações reguladas pela mesma lei, resultariam julgadas de modo a uma ser condenada e a outra obsolvida, só porque a primeira foi julgada antes. Elementares razões de equidade, impõem a revisão⁴⁶⁰.

Para Eugênio Paccelli de Oliveira, a modificação de entendimento jurisprudencial é fato de elevada importância e significado, especialmente quando se trata de mudanças consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal – pois não se está defendendo qualquer oscilação jurisprudencial. Nesse sentido, não tem explicação a desigualdade de tratamento de acusados,

⁴⁵⁷ SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.31, julho de 2000, p.153.

⁴⁵⁸ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.102.

⁴⁵⁹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.109-110.

⁴⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p.126.

quando se trata de revisão criminal por razões de cronologia cultural. A não aceitação da alteração jurisprudencial para favorecer o réu vai de encontro ao reconhecimento da excepcionalidade da intervenção penal e à emancipação no processo civilizatório, distanciando-se do próprio direito penal⁴⁶¹.

Haveria tratamento desigual e flagrante violação à segurança jurídica se casos anteriores ensejassem condenações, enquanto os casos futuros não, pela mudança do precedente, simplesmente pela inexistência de mudança prevista em lei. O direito é muito maior do que a mera interpretação restrita da lei; é, acima de tudo, buscar, no conjunto sistêmico, a justiça em seu conteúdo material.

Por isso, quando o Código de Processo Penal afirma que caberá revisão criminal “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal”, devemos interpretar como a mudança da norma, não apenas da lei em sentido estrito. Tanto a mudança da norma contida na lei, quanto a mudança da *ratio decidendi* extraída do precedente em matéria criminal, sendo mais benéficas ao agente, devem ensejar a aplicação retroativa e, conseqüentemente, em havendo o trânsito em julgado, a possibilidade de utilização da revisão criminal para desconstituir a sentença penal condenatória.

6.8 O *RETROSPECTIVE OVERRULING IN MELLIUS* COMO FUNDAMENTO PARA A REVISÃO CRIMINAL

A partir desse prévio esclarecimento, impende discorrer sobre a aproximação entre o *overruling* e a revisão criminal, sob a ótica da norma jurídica. No que tange ao *overruling*, é preciso destacar que, como técnica de superação, diz respeito à *ratio decidendi* (do precedente a ser superado), da qual se extrai uma norma.

Por sua vez, o artigo 621 do Código de Processo Penal, que trata expressamente da revisão criminal, traz no inciso I que a revisão do processo será admitida “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos” e o que se apreende deste inciso é que apesar da menção à lei, se trata propriamente de uma norma jurídica.

⁴⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.917.

Pode-se afirmar que é possível a mudança na interpretação da lei, sedimentada pela coisa julgada, quando houver benefício para o outorgado que obteve a tutela jurisdicional do direito. É exatamente o que propõe a revisão criminal, nos casos especificados no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Contudo, quando o legislador afirma ser hipótese de revisão criminal a sentença contrária à lei, não se refere a uma visão apequenada do conceito, mas sim, trata da norma, que é o resultado interpretativo do texto. Logo, a mudança da norma, seja contida na lei ou no precedente, pode ensejar uma dessincronização entre a sentença anterior transitada em julgado e o novo entendimento do direito.

Este novo entendimento do direito pode surgir da mudança da lei, mas também da mudança do precedente, que ensejará uma nova norma de interpretação. Em sendo mais benéfica para o condenado, o *overruling* deve ser fundamento para a revisão criminal, com efeitos retroativos.

Logo, o art. 621 do CPP, inciso I, deve ser interpretado da seguinte forma: "cabará revisão criminal quando a sentença condenatória mostrar-se contrária à norma jurídica". Essa visão ampliada passa a abarcar as decisões anteriores que vão de encontro ao sistema jurídico, bem como a própria mudança do sistema, que transformou a sentença condenatória numa decisão injusta.

Nestes casos, a sentença estava de acordo com o sistema jurídico de sua época, mas a mudança de entendimento do precedente tornou aquela decisão injusta e contrária ao novo pensamento jurídico. Por isso, ela não mais se adéqua à nova ordem jurídica e deve ser reformada pela via da revisão criminal.

Por óbvio que este novo entendimento jurídico deve ser mais benéfico para o condenado, passível de violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Assim, quando a mudança do sistema for mais benéfica ao condenado, não importa se essa mudança é proveniente da lei ou do precedente, deve ter efeitos retroativos, ensejando a rescisória penal.

Com isso, percebe-se que a mudança da *ratio decidendi* de um precedente, equivale à mudança normativa sistemática. Logo, sendo tal mudança normativa mais benéfica ao condenado, servirá de fundamento para a revisão criminal com efeitos retroativos, ou seja, o *retrospective overruling in mellius* deve ser fundamento para a revisão criminal, como meio de efetivação do acesso à justiça em seu conteúdo material.

6.9 UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA NOS CASOS DE *OVERRULING IN MELLIUS*

A tese se comprova também com vários exemplos, um deles é a ADPF/54, arguição que pretende o reconhecimento do direito da gestante de submeter-se à antecipação do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, sem estar compelida a apresentar autorização judicial, através da declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal⁴⁶² que impeça a antecipação do parto na referida hipótese.

Observe-se que não houve alteração no Código Penal, mas sim, uma mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, um *overruling in mellius*. O Ministro Relator Marco Aurélio, no referido julgado, aduz que há na hermenêutica constitucional novos instrumentos de interpretação da Constituição, através da concretização da norma na realidade. Essa concretização depende de uma interpretação construtiva feita pelo julgador, pois não há uma busca por verdades universais, especialmente porque toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico.

As palavras do Padre Antônio Vieira⁴⁶³, com as quais o Ministro Relator iniciou o voto, mostram-se extremamente adequadas à análise do caso em tela pois, de fato, o tempo e as coisas não param, bem como os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. E progrediram muito os estudos acerca da anencefalia, sendo uníssono o pronunciamento da comunidade médica no sentido de que a anencefalia configura uma doença congênita letal diante da impossibilidade de desenvolvimento da massa encefálica em momento posterior⁴⁶⁴.

⁴⁶² Veja a descrição do Código Penal: "Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

⁴⁶³ "E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre". (VIEIRA, Antônio. *Sermão da Primeira Domingo do Advento de Padre Antônio Vieira*. 1650, M1, p.31).

⁴⁶⁴ " ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO –

O voto do Ministro, calcado na Constituição Federal, se deu no sentido de garantir o direito de a mulher de interromper a gravidez de feto anencéfalo, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. Ao analisar os possíveis significados dos referidos artigos do Código Penal, entendeu que a incolumidade física do feto anencéfalo que, se sobreviver ao parto, será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher⁴⁶⁵.

A mudança no entendimento do Supremo no caso da descriminalização da interrupção da gravidez de um feto anencéfalo ocasionou uma *abolitio criminis*, e as mulheres cujas sentenças estiveram acobertadas pela coisa julgada puderam, então, através do instituto da revisão criminal, ser beneficiadas.

Pode-se aproximar esta análise da ADPF/54, à luz da revisão criminal, também, sob a dimensão do *overruling*, especificamente no que tange ao *express overruling*. Esta superação do precedente diz respeito ao tribunal que abandona uma orientação, anterior expressamente adotando uma nova. Quanto à eficácia deste caso explicitado, há aproximação com a eficácia *ex tunc do overruling*, o *retrospective overruling in melius*, situação na qual o antigo entendimento não pode ser utilizado nem mesmo quanto a fatos anteriores à substituição, ainda pendentes de análise e julgamento pelos tribunais. Como se observa, houve a superação deste precedente que entendia constituir crime a antecipação do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo, e estes precedentes não podem mais ser utilizados, de modo que houve uma *abolitio criminis* realizada pelo precedente judicial.

Outro tema que aproxima o *overruling* da revisão criminal é a evolução do regime prisional em casos de crimes hediondos. A mudança no entendimento jurisprudencial acerca da inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime foi declarada, inicialmente, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959, em 23 de fevereiro de 2006, e reforçada pelo ministro Og Fernandes, relator do HC 134.158, e pelo desembargador Celso Limongi, no HC 100.277. Assim, a Lei de Crimes Hediondos ganhou novos parâmetros para progressão do regime.

A ministra Maria Thereza, na proposta do projeto para nova súmula do Superior Tribunal de

DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal". (ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

⁴⁶⁵ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

Justiça, fundamentou seu entendimento com o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, destacando a retroatividade da lei penal *in mellius*, como na hipótese em análise.

Desta forma, após o referido *overruling*, com o tema já pacificado no STJ e no STF, foi editada a Súmula 471 do STJ⁴⁶⁶, que definiu o parâmetro para a progressão de regime da Lei de Crimes Hediondos, alterada pela Lei 11.464/2007, estabelecendo o critério de 2/5 e 3/5 da pena para que a progressão seja realizada.

Além do inciso XL, do art. 5º da Constituição Federal, é também pertinente o artigo 2º do Código Penal, que prescreve: “*Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.*”

Como se sabe, a revisão criminal diz respeito à impugnação de uma sentença penal que transitou em julgado, sobre a qual existe, dentre outras hipóteses, contrariedade à lei. Na situação apresentada, acerca da evolução do regime prisional em casos de crimes hediondos, surgiu uma norma mais benéfica para o réu através da superação de precedentes. Logo, se a sentença do condenado já houver transitado em julgado, cabe revisão criminal, diante da clara contrariedade à *ratio decidendi* do novo precedente.

A superação do precedente, para vincular sentenças que já transitaram em julgado e, conseqüentemente, possuir eficácia *ex tunc*, enseja a revogação da *ratio decidendi* das decisões que, por sua vez, exigem do tribunal ou do magistrado de primeira instância pesado ônus argumentativo para demonstrar que as razões que fundamentaram o precedente que se pretende revogar não são mais sustentáveis, em virtude de motivos novos, que devem ser mostrados presentes⁴⁶⁷.

Além destes exemplos, podemos citar outros, como a hipótese de *overruling in mellius* na aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho⁴⁶⁸. A jurisprudência fixou

⁴⁶⁶ O texto da Súmula 471 do STJ: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.”

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Força dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 226.

⁴⁶⁸ Vejamos o caso de *overruling*: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 105, III, A E C DA CF/88. PENAL. ART. 334, § 1º, ALÍNEAS C E D, DO CÓDIGO PENAL. DESCAMINHO. TIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - Segundo jurisprudência firmada no âmbito do Pretório Excelso - 1ª e 2ª Turmas - incide o princípio da insignificância aos débitos tributários que não ultrapassem o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/02. II - Muito embora esta não seja a orientação majoritária desta Corte (vide EREsp 966077/GO, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2008/2009), mas em prol da otimização do sistema, e buscando evitar uma sucessiva interposição de recursos ao c. Supremo Tribunal Federal, em sintonia com os objetivos da Lei nº

inicialmente que até R\$ 10.000,00 (dez mil reais) não configuraria o delito de descaminho. Para a jurisprudência do STF, no delito de descaminho, o princípio da insignificância é aplicado quando o valor do tributo não recolhido aos cofres públicos for inferior ao limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda⁴⁶⁹.

Assim, o STF passou a entender, através da sua jurisprudência, que o descaminho cometido no limite máximo de até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) não deveria ser considerado crime, e sim conduta atípica.

Com isso, ocorreu verdadeira hipótese de *overruling in mellius*, com efeitos retroativos, visto que, esse entendimento deveria retroagir para atingir os processos findos ou em curso, mesmo se iniciados antes da mudança do precedente. Em havendo alguma condenação com trânsito em julgado nas hipóteses de descaminho com valores abaixo do limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), seria possível a apresentação da ação de revisão criminal, para determinar a absolvição do agente, com fundamento apenas na mudança da *ratio decidendi* do precedente invocado.

11.672/08, é de ser seguido, na matéria, o escólio jurisprudencial da Suprema Corte. Recurso especial desprovido". (REsp 1112748/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2009).

⁴⁶⁹ "Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ART. 102, I, "I", DA CF. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO. ORDEM DEFERIDA DE OFÍCIO. 1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. 3. No crime de descaminho, o princípio da insignificância é aplicado quando o valor do tributo não recolhido aos cofres públicos for inferior ao limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto no artigo 20 da Lei 10.522/02, com as alterações introduzidas pelas Portarias 75 e 130 do Ministério da Fazenda. Precedentes: HC 120.617, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 20.02.14, e (HC 118.000, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 17.09.13) 4. In casu, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 334, § 1º, alínea c, do Código Penal (descaminho), por ter, em tese, deixado de recolher aos cofres públicos a quantia de R\$ 16.863,69 (dezesesseis mil oitocentos e sessenta e três reais e sessenta e nove centavos) referente ao pagamento de tributos federais incidentes sobre mercadorias estrangeiras irregularmente introduzidas no território nacional. 5. A impetração de habeas corpus nesta Corte, quando for coator tribunal superior, não prescinde o prévio esgotamento de instância. E não há de se estabelecer a possibilidade de flexibilização desta norma, desapegando-se do que expressamente previsto na Constituição, pois, sendo matéria de direito estrito, não pode ser ampliada via interpretação para alcançar autoridades – no caso, membros de Tribunais Superiores – cujos atos não estão submetidos à apreciação do Supremo. 6. In casu, aponta-se como ato de constrangimento ilegal decisão monocrática proferida pelo Ministro Campos Marques, Desembargador Convocado do TJ/PR, que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público. Verifica-se, contudo, que há, na hipótese sub examine, flagrante constrangimento ilegal que justifica a concessão da ordem ex officio. 7. Ordem de habeas corpus extinta, mas deferida de ofício a fim de reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, determinando, por conseguinte, o trancamento da ação penal". (HC 118067, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 09-04-2014 PUBLIC 10-04-2014).

Vale destacar também a mudança do precedente que considerou atípico o furto de pulso telefônico⁴⁷⁰. Antes deste caso de *overruling*, parte da jurisprudência equiparava o pulso telefônico a uma forma de energia. O Código Penal descreve, no seu art. 155, §3º, que "Equipara-se a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico". Esse artigo servia de fundamento para criminalizar o furto de pulso telefônico. Com a mudança da jurisprudência, passou-se a entender atípica a conduta de furto de pulso telefônico, visto que não havia comprovação de que se tratava de energia elétrica ou outra que tivesse valor econômico. Operou-se verdadeira *abolitio criminis*, por meio de um precedente que deixou de ser aplicado.

O *overruling* passou a ter a mesma força de uma lei penal nova que deixou de considerar crime determinada conduta, ou seja, verdadeira *abolitio criminis* por meio da mudança da *ratio decidendi* de um precedente. Mais uma vez, fica demonstrada que não é a lei penal a

⁴⁷⁰ Veja a jurisprudência: "EMENTA: FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. ARTIGO 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. Não há adequação típica à conduta de subtrair pulsos telefônicos e não há nos autos, comprovação idônea, de que se trata de uma forma de energia. O legislador definiu ser ilícito... Ver íntegra da ementa penal a interceptação, a recepção ou receptação de linha telefônica. 2. Os princípios de proteção dos bens jurídicos fundamentais, da culpabilidade e o de legalidade, constituem os três pilares básicos do Direito Penal moderno. Segundo o conceito formal de legalidade, um fato somente constituirá uma infração criminal quando assim estiver previsto em uma norma legal, no momento em que foi praticado e, ainda, ao sujeito condenado se aplicará a espécie e a quantidade de pena prevista no tipo penal (arts. 5º, XXXIX, da CF e 1º do CP). Assim, ninguém pode ser castigado por um fato que, no momento da conduta, não esteja previsto num preceito normativo como infração criminal, por mais nocivo, cruel ou hediondo que seja. Também, ao fato praticado somente pode ser aplicada a espécie de pena e a possível quantia já prevista no tipo penal transgredido, por mais ínfima que pareça. Deste modo, mesmo em sua concepção formal, este princípio "limita a intervenção estatal e "serve para evitar uma punição arbitrária e incalculável, ou baseada numa lei imprecisa ou retroativa" (ROXIN), ou seja, como uma garantia ao indivíduo. A essência, ou seu significado material está na própria evolução histórica do princípio, isto é, vincula-se à limitação do exercício do poder (inclusive o poder de punir), à divisão das funções públicas entre os poderes do Estado, ao pacto social que sustenta politicamente a convivência humana, e à soberania popular legitimadora das normas penais. Este critério material é fundamental para garantir que os limites da liberdade dos indivíduos sejam os mesmos, e se apliquem a todos, sem exceção, e que, ao mesmo tempo, se determinem com precisão, tanto para os cidadãos, quanto para as instituições. Ainda, neste critério essencial se concentram as esperanças de que tanto o sistema como a aplicação da justiça penal sejam transparentes, controláveis e sinceros. Dessa forma, a legalidade penal é um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição, limitativo do poder jurídico do órgão acusador, que não poderá transpor as barreiras legais autorizadas do exercício da pretensão acusatória, e limitador do poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, os quais estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existiam no momento da conduta, garantindo-se, assim, a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais. 3. Os efeitos da adoção do princípio da legalidade se irradiam nas fontes do Direito Penal, no processo tipificador e na individualização da pena [...] É um imperativo da incidência da *lex stricta* a respeito da responsabilidade criminal, que engloba a descrição típica, a sanção e todas as circunstâncias que influem na dosimetria da pena. Essa proibição significa "a repulsa de uma aplicação do direito que ultrapasse o sentido que caiba atingir pela exegese de uma norma jurídico-penal, englobando todas as circunstâncias de uma lei penal, das quais depende a punibilidade da conduta, assim como as consequências jurídicas do fato, inclusive as medidas de segurança. Isto para evitar o desvio do fim normativo, o limite interpretativo fixado aos operadores jurídicos, e também para que os magistrados não criem normas penais "mais além do que permite o teor literal legal. (ROXIN). APELOS PROVIDOS. (Apelação Crime Nº 70031611650, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/10/2009).

responsável pela mudança do sistema jurídico, mas sim a mudança da norma penal, que é, enfim, a interpretação normativa, seja ela resultante do texto da lei ou do texto do precedente judicial.

Por fim, o cancelamento da Súmula 174 pelo STJ, é também um caso de *overruling in mellius* com efeitos retroativos⁴⁷¹. Neste caso, com o cancelamento da Súmula n.º 174 pelo Superior Tribunal de Justiça, ficou definido que o emprego da arma de brinquedo não mais configuraria causa de aumento de pena, prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal.

Com o cancelamento da Súmula 174, o magistrado não mais poderia aumentar a pena em 1/3 pelo emprego de arma, visto que, a partir do seu cancelamento, o simulacro de brinquedo não mais configurava "arma" para o STJ, pois não tem potencial lesivo; por isso, não ensejaria mais o aumento de 1/3 na pena do crime de roubo.

O temor causado na vítima pela "arma" de brinquedo, já servia para configurar o crime de roubo e não de furto, visto que a vítima se sentia ameaçada com a presença dela, mas não mais poderia ensejar o referido aumento de pena.

O que fazer com os processos já julgados e com os condenados pelo crime de roubo com "arma" de brinquedo que tiveram suas penas aumentadas em mais 1/3 com fundamento na antiga súmula, hoje revogada? Vê-se que a lei penal não foi alterada, mas apenas houve uma modificação do entendimento que gerou o cancelamento da súmula 174 do STJ.

Para J.R.N Wall, quando um tribunal derruba um precedente anterior, é removida uma norma jurídica que era incompatível com os princípios mais elevados já presentes na lei. A lei, como um todo, não se altera quando o precedente anterior é *overruled*; ela é, simplesmente, redeclarada, como se a nova decisão tivesse sempre sido a própria lei⁴⁷².

⁴⁷¹ "HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO. AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE BRINQUEDO. CANCELAMENTO DA SÚMULA N.º 174 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA NÃO CARACTERIZADA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N.º 269 DO STJ. 1. Com o cancelamento da Súmula n.º 174 do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado o entendimento segundo o qual a simples atemorização da vítima pelo emprego da arma de brinquedo não mais se mostra suficiente para configurar a causa especial de aumento de pena, dada a ausência de incremento no risco ao bem jurídico, servindo, apenas, para caracterizar a grave ameaça já inerente ao crime de roubo. 2. Se as circunstâncias judiciais foram todas favoráveis ao Paciente, a sua condição de reincidente não impede a fixação de regime prisional intermediário, nos termos da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Ordem concedida a fim de restabelecer integralmente a sentença". (STJ - HC: 183213 SP 2010/0156948-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2011).

⁴⁷² "When a court overturns a prior precedent, it is removing a legal rule that was inconsistent with higher principles already present in the law. The law as a whole does not change when the prior precedent is overruled."

No presente caso, o que mudou foi a *ratio decidendi*, ou seja, a norma extraída do precedente e, sem dúvida, havendo trânsito em julgado nestes casos, a única forma de festejar o acesso à justiça é concedendo ao condenado a possibilidade de ingressar com a revisão criminal para obter a redução da sua pena, com base no *retrospective overruling in melius*.

6.10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas estas considerações, percebe-se que a mudança da *ratio decidendi* de um precedente, ou seja, o *overruling*, quando for mais benéfico para o agente da conduta penalmente relevante, deve ser utilizado em seu favor. Em verdade, quando o legislador, no art. 621, I, do CPP, descreve que caberá revisão criminal quando houver mudança da lei, não está a restringir o seu alcance e sentido, ao contrário, a ampliar, dando a possibilidade de revisão criminal quando da mudança da norma penal.

A mudança de um precedente enseja uma nova norma jurídica extraída da *ratio decidendi*. Maior relevância há quando este texto é interpretado pelos próprios juízes que decidem o direito no caso concreto. Logo, quando esta norma muda e, é mais benéfica para o acusado, deverá incidir em casos anteriores. Por isso, é possível que a mudança da *ratio decidendi* do precedente, quando mais benéfica para o condenado, sirva de fundamento para a revisão criminal.

7 CONCLUSÕES

Ante tudo quanto aqui exposto, apresenta-se as seguintes conclusões:

1 - O conceito de direitos fundamentais não é unânime, devendo ser interpretado em suas diversas modalidades. O acesso à justiça e a segurança jurídica são direitos fundamentais,

2 - O conceito de justiça é muito amplo e multifacetado, não podendo ser analisado de maneira limitada ou restrita. Para a presente tese interessa, de forma mais direta, o acesso ao valor justiça e sua análise como um direito fundamental.

3 - A segurança jurídica engloba, em seu aspecto subjetivo, a proteção da confiança. Nas relações intersubjetivas, os indivíduos confiam na constância do sistema jurídico. Isso não quer dizer que o sistema jurídico seja imutável, de igual forma, não pode ser instável, com a mudança dos institutos jurídicos de forma irresponsável.

4 - A segurança jurídica, seja em seu aspecto objetivo ou em seu aspecto subjetivo, revestido no princípio da proteção da confiança, é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Os jurisdicionados buscam na segurança jurídica critérios para pautar suas atividades cotidianas. Por isso, o ordenamento jurídico deve ser estável.

5 - O princípio da proteção da confiança deve ser aplicado no sistema jurídico nacional. Os jurisdicionados confiam nas decisões do Poder Judiciário, bem como pautam suas atividades com base na jurisprudência dos tribunais. O sistema jurídico deve ser estável. As pessoas confiam nos julgados dos tribunais e com base neles pautam suas vidas cotidianas. Por isso, a mudança da jurisprudência deve ser alicerçada em critérios específicos. No Brasil, vivemos um período de jurisprudência flutuante. Não há critérios específicos para a mudança jurisprudencial no Brasil.

6 - A coisa julgada está diretamente relacionada à segurança jurídica. Pode-se afirmar até que a coisa julgada serve para trazer segurança jurídica ao sistema, visto que o caso penal deve ter um fim. A acusação, seja ela particular ou pública, pode ser julgada procedente ou improcedente e o acusado é quem mais precisa dessa resposta. A sociedade também clama pela resposta penal, mas sem dúvida, é o acusado o principal interessado em saber como será o seu futuro.

7 - A revisão criminal deve ser apresentada quando surgirem mudanças das circunstâncias fáticas ou jurídicas. Com isso, se, por exemplo, surgir lei nova que seja mais benéfica ao réu, seja uma *lex mitior* ou uma hipótese de *abolitio criminis* deve o condenado ingressar com a revisão criminal com o objetivo de ver sua situação processual modificada.

8 - A modificação do fato ou do direito, sempre quando for realizada para melhorar a situação do condenado, servirá como fundamento para a revisão criminal. Por isso, a coisa julgada penal, nestas hipóteses, é regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, sendo irrelevante o fator temporal, visto que a revisão pode ser apresentada a qualquer tempo.

9 - É cada vez maior a influência da teoria dos precedentes judiciais no direito brasileiro. Tal influência é tão grande que, no Novo Código de Processo Civil, a teoria dos precedentes ganhou um capítulo próprio. Entretanto, não é apenas a mudança legislativa a responsável pela crescente utilização do sistema de precedentes no Brasil, país com origem na tradição jurídica do *Civil Law*.

10 - O precedente é uma decisão judicial de cuja fundamentação se extrai uma regra que passará a influenciar futuros julgamentos de casos semelhantes. Esta semelhança deverá ser analisada pelo magistrado que utilizará o precedente, evitando-se, dessa forma, que casos análogos sejam julgados de maneira distinta, respeitando-se os princípios da igualdade e da segurança jurídica.

11 - Quando se trata do tema precedente judicial é indispensável abordar o princípio da segurança jurídica. O que se apreende é que a vinculação dos precedentes no Poder Judiciário possui uma medida de calculabilidade que tem como resultado uma previsibilidade acerca da atuação do magistrado, restringindo a função judicial, pois essa atuação futura deve estar em consonância com uma passada.

12 - Da motivação das decisões judiciais se extrai uma norma geral de conduta que passará a influenciar futuros julgamentos. Com isso, as pessoas passam a acreditar na norma geral que se extrai do precedente como acreditam na norma que se extrai do texto legal. Ambas são fontes do direito e influenciarão comportamentos sociais futuros; disto decorre a necessidade de uniformização da jurisprudência.

13 - O sistema não é estático, ao contrário, está afeito a mudanças. Estas mudanças, entretanto, devem ser bem fundamentadas, pois a regra é seguir o que já foi decidido anteriormente. Isso gera segurança jurídica, pois as pessoas têm a plena convicção de que

casos semelhantes terão o mesmo tratamento jurídico.

14 - O magistrado, ao dirimir uma demanda, cria uma norma de caráter geral e outra individual. Esta norma de caráter geral é a *ratio decidendi*, construída pela jurisprudência e localizada nos fundamentos jurídicos essenciais da decisão; é a tese jurídica aplicada na resolução do caso.

15 - Da análise do caso concreto extraí-se uma norma de conduta que irá influenciar futuros julgamentos, neste caso, se está diante da *ratio decidendi*. Os demais aspectos da fundamentação, que não foram objeto diretamente da *ratio decidendi*, mas que serviram de forma acessória e suplementar ao magistrado na resolução do caso são considerados *dicta* que, embora sejam relevantes para se chegar à decisão final, não integram os fundamentos principais da *holding*.

16 - A sociedade plural vive num emaranhado de mudanças de todos os tipos. A tecnologia muda, assim como os costumes e práticas sociais que ganham novos contornos. O direito, entretanto, não consegue acompanhar as mudanças da sociedade de riscos.

17 - Nesse contexto de mudanças sociais, tecnológicas e industriais, o direito não pode deixar de acompanhá-las, atualizando-se, vez que é um dos principais responsáveis pela tutela dos bens jurídicos. Essa adaptação do direito ao contexto moderno deve caminhar, *pari passo*, a intensidade dos riscos. Antes da revolução industrial, os riscos provinham ou de acontecimentos ligados à natureza ou originavam-se de ações humanas, em comunidades fechadas, pré-definidas; para contê-los, era suficiente, a tutela dispensada aos clássicos bens jurídicos, como a vida, o patrimônio e a integridade física.

18 - A mudança da jurisprudência é muito mais célere. Em que pese na origem do *common law* inglês a mudança dos julgados não ser a regra, ela ocorre em casos específicos. Neste aspecto deve haver bom senso. A jurisprudência não pode ser oscilante demais, passível de gerar insegurança jurídica e nem deve ser rígida demais, ao ponto de engessar a mudança do direito, contendo os novos anseios sociais. A sabedoria na aplicação do sistema de precedentes está em apor na prática este equilíbrio.

19 - Para se extrair o sentido do texto é imperioso analisar aprofundadamente o caso anterior. O Brasil vive um sistema jurídico esdrúxulo. Os juízes julgam sem se preocupar com o que foi decidido anteriormente. Não é incomum casos semelhantes serem julgados de forma diferente. Cada juiz tem a sua visão particular do direito e reproduz no seu julgado esta

particularidade. As partes ficam à mercê de uma "roleta judicial", com flagrante insegurança jurídica. Além disso, quando buscam julgados anteriores o fazem sem se preocupar com os fatos que foram objeto do processo, julgado com base na ementa, exclusivamente. Ou seja, em regra, não se preocupam com os precedentes e, quando fazem, não os aplicam corretamente.

20 - Se o precedente tornou-se obsoleto deve ser superado, ou seja, se o precedente não representa mais os anseios e valores de um povo em determinado momento da história, deve ser abandonado pelos operadores do direito, sob pena de gerar decisões injustas. Isso pode ocorrer tanto em virtude de uma lei que se tornou arcaica ou com um precedente que não se adéqua mais aos costumes locais. Logo, tanto a lei quanto o precedente, enquanto fontes do direito, podem ser superadas quando caírem em desuso social.

21 - No sistema de precedentes, o magistrado busca nos casos anteriores, a *ratio decidendi* para aplicar ao caso presente. Busca extrair do caso anterior a norma jurídica para aplicar a casos futuros. No *Common Law* as normas escritas são poucas e por isso o juiz deve valer-se do caso específico e retirar dele a norma geral.

22 - No Brasil a jurisprudência muda ao sabor do vento. Muitas vezes, o mesmo tribunal, no mesmo dia e na mesma turma julgadora, aprecia casos semelhantes de forma diversa. Isso é inexplicável. O pior é que não se trata de uma hipótese de *distinguishing*, ao contrário, os fatos são semelhantes e, por ter o novo julgador entendimento diverso daquele constante do precedente, julga casos idênticos de forma diversa, com flagrante ofensa à isonomia.

23 - O direito está afeito a mudanças e, quando as mudanças ocorrem de forma significativa, o direito deve acompanhar, *pari passu*, os novos anseios sociais. As leis, quando se tornam obsoletas, passam por um processo de revogação. Novas leis surgem para melhor acompanhar as mudanças dos costumes da sociedade. O mesmo ocorre com o precedente, que pode ser superado e substituído por outro.

24 - O *overruling* é a técnica através da qual um precedente é superado, ou seja, substituído por outro precedente. Importa destacar que para a ocorrência do *overruling* é necessária minuciosa motivação e argumentos que justifiquem a necessidade de superação do precedente.

25 - A mudança do precedente não pode ser abrupta. Muitas pessoas confiaram naquele precedente e pautaram suas vidas com base naquele entendimento. Logo, durante o curso dos

juízos, os magistrados passam a sinalizar a mudança e o *overruling* só ocorre quando o entendimento de superação já está amadurecido. Logo, não se pode dizer que o *overruling*, no sistema baseado no *stare decisis*, ofende o princípio da confiança.

26 - Importante destacar ainda que não deve ter eficácia retroativa a superação de um precedente já consolidado para que possam ser preservadas situações consolidadas. Neste caso, diz-se que esse *overruling ex nunc* é chamado de *overruling prospectivo*. Para que haja um *overruling* que retroage, o *overruling ex tunc*, chamado de *retrospective overruling*, o precedente não pode estar ainda consolidado, pois de outra forma, o sentimento de segurança quanto ao enunciado seria afetado.

27 - O *overruling* é a superação total de um precedente que perdeu sua relevância social. O precedente deixa de ser aplicado, pois os anseios sociais mudaram e o direito deve acompanhar essa mudança. As mudanças, entretanto, não podem ocorrer de forma desordenada, como ocorre no Brasil. Aqui o sistema não respeita os precedentes anteriores. Mudanças ocorrem como mudam os ventos. Por isso, grande insegurança jurídica atinge o sistema jurisdicional pátrio.

28 - Há ainda outra técnica de superação do precedente, o chamado *overriding*. Este ocorre quando o tribunal, em função de um princípio legal ou de uma regra, limita o âmbito de incidência de um precedente. Desta forma, há uma espécie de revogação parcial, não uma superação total do precedente como ocorre no *overruling*, visto no item anterior.

29 - Com isso pode-se perceber que o precedente possui efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*, e também pode ter efeitos prospectivos, *ex nunc*, desde que se respeitando o princípio da confiança e coisa julgada, na primeira hipótese, e aplicando-se de forma limitada – *limited prospective* - ou ilimitada – *pure prospective*, na segunda hipótese.

30 - O texto não passa da reunião de significados que devem ser devidamente interpretados pelo operador do direito. O texto deve ser interpretado, buscando-se seu significado e alcance, para dele se extrair o resultado da interpretação que é a essência da norma jurídica. Por isso, torna-se relevante o estudo da norma jurídica, mesmo que de forma breve.

31 - O texto da lei não se confunde com a norma que é extraída do texto legal. Portanto, fica claro que outras normas podem ser extraídas de outros textos que não apenas a lei e que uma norma pode ser extraída de vários textos em conjunto.

32 - A norma surge tanto da lei quanto também de outras fontes do direito. A norma pode surgir do costume, pode surgir da lei, (vista sempre em sentido amplo, não apenas lei ordinária, mas também dos textos constitucionais, lei complementar, regulamentos, decretos), dos princípios gerais e também dos precedentes judiciais.

33 - O magistrado, ao dirimir uma demanda, além de criar uma norma de caráter individual cria uma norma de caráter geral, que é a *ratio decidendi*, construída pela jurisprudência e localizada nos fundamentos jurídicos essenciais da decisão, é a tese jurídica aplicada na resolução do caso.

34 - Percebe-se que a norma extraída da lei pode influenciar a criação da norma extraída do precedente (*ratio decidendi*) e a norma extraída do precedente (*ratio decidendi*) passará a influenciar novos julgamentos. Logo, existe uma relação direta até semelhança, como regra, entre a *ratio decidendi* e norma extraída do texto legal. Ambas são normas jurídicas, apenas extraídas de textos diferentes. O primeiro da lei e o segundo do precedente, mas a essência é a mesma.

35 - O princípio da legalidade deve ser analisado, inicialmente, como uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado. Não haverá crime sem lei anterior que o defina e, conseqüentemente, pena sem prévia cominação também prevista em lei. Para a definição dos tipos penais esta regra não pode ser excepcionada. Por isso, na definição dos crimes, só haverá o cometimento deles se houver uma lei anterior que o defina e, por ser uma garantia, não admitirá flexibilidade. .

36 - Sem a definição do alcance hermenêutico, o texto legal torna-se imprestável, visto que incognoscível. Logo, mesmo havendo a descrição dos tipos na lei, e sendo isso exigível, torna-se imprescindível entender a norma existente naquele texto descritor de tipos penais.

37 - Se é possível extrair do precedente a *ratio decidendi*, que é a sua norma, ou seja, o texto do precedente interpretado, nada impede que sendo mais benéfico para o agente possa ter ele efeito retroativo para alcançar, inclusive, condutas anteriores a ele. Conseqüentemente, a *ratio decidendi*, por também ser fonte do direito, pode retroagir para beneficiar o agente.

38 - A lei sem interpretação não serve para o direito; conseqüentemente, estamos diante da supremacia da norma e não da lei. Por isso, lei e interpretação passam a andar *pari passu*. Não importa se a norma é extraída do texto legal ou do precedente; se for mais benéfica ao acusado, deve ser utilizada em seu favor. Logo, a norma extraída do precedente, ou seja, a sua

ratio decidendi, por também ser uma norma jurídica (embora de texto distinto da lei), se for mais benéfica ao acusado, deve ser utilizada em seu favor, até mesmo em sede de revisão criminal.

39 - A mudança da *ratio decidendi* enseja uma nova interpretação da norma extraída do precedente e, se esta norma for mais benéfica ao agente, visto não ser admissível revisão criminal *pro societate*, nada impede que a mesma seja utilizada em favor dele, mesmo em sede de rescisória penal com efeitos retroativos.

40 - No que tange ao *overruling*, é preciso destacar que, como técnica de superação, diz respeito à *ratio decidendi* (do precedente a ser superado), da qual se extrai uma norma jurídica.

41 - Quando o legislador afirma ser hipótese de revisão criminal a sentença contrária à lei, não se refere a uma visão apequenada do conceito, mas sim, trata da norma, que é o resultado interpretativo do texto. Logo, a mudança da norma, seja contida na lei ou no precedente, pode ensejar uma dessincronização entre a sentença anterior transitada em julgado e o novo entendimento do direito.

42 - Este novo entendimento do direito pode surgir da mudança da lei, mas também da mudança do precedente, que ensejará uma nova norma de interpretação. Em sendo mais benéfica para o condenado, o *overruling* deve ser fundamento para a revisão criminal, com efeitos retroativos.

43 - O art. 621 do CPP, inciso I, deve ser interpretado da seguinte forma: "cabará revisão criminal quando a sentença condenatória mostrar-se contrária à norma jurídica". Essa visão ampliada passa a abarcar as decisões anteriores que vão de encontro ao sistema jurídico, bem como a própria mudança do sistema, que transformou a sentença condenatória numa decisão injusta. Nestes casos, a sentença estava de acordo com o sistema jurídico de sua época, mas a mudança de entendimento do precedente tornou aquela decisão injusta e contrária ao novo pensamento jurídico. Por isso, ela não mais se adéqua à nova ordem jurídica e deve ser reformada pela via da revisão criminal.

44 - O novo entendimento jurídico deve ser mais benéfico para o condenado, passível de violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Assim, quando a mudança do sistema for mais benéfica ao condenado, não importa se essa mudança é proveniente da lei ou do precedente, deve ter efeitos retroativos, ensejando a ação rescisória penal. Com isso,

percebe-se que a mudança da *ratio decidendi* de um precedente, equivale à mudança normativa sistemática. Logo, sendo tal mudança normativa mais benéfica ao condenado, servirá de fundamento para a revisão criminal com efeitos retroativos, ou seja, o *retrospective overruling in melius* deve ser fundamento para a revisão criminal, como meio de efetivação do acesso à justiça em seu conteúdo material.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, João Abrantes. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria e prática, jurisprudência e organogramas*. 14.ed. [S.l.]: Coleção Jurídica da editora do autor, 1979.

AGUIAR, Tiago Antunes de. Do mito da neutralidade à concepção do juiz politizado e independente como modelo de gestor judicial. *Revista da AJUFE*, ano 24, número 91, 2011.

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

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLAN, T.R.S. *Text, Context, and Constitution: The Common Law as Public Reason*. Common Law Theory, Cambridge.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A segurança jurídica e a proteção da confiança diante das mutações legislativas e jurisprudenciais. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.*, Belo Horizonte, v.50, n.80, p.61-72, jul./dez. 2009.

ALMEIDA, João Alberto; BRITO, Thiago Carlos de Souza. O princípio da segurança jurídica e suas implicações na relativização da coisa julgada. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, jul./dez. 2010.

ALSTINE, Michael P. Van. Stare decisis and foreign affairs. *Duke Law Journal*, v.61, n.5, February, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMBROGNI, Orestes. Da revisão criminal. *Revista de Justitia*. São Paulo, ano XXXII, out./dez. 1970.

AMORIM, João Fernando Carneiro Leão de. *As decisões do pleno do STF: caráter vinculante na aplicação do caso concreto independentemente da edição de súmula*. 2013. 81 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota e MOREIRA, José Davi Cavalcante. Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica nas constituições brasileiras e suas dimensões. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

ARAÚJO, Maria Isabel. Relativização da coisa julgada material no processo civil brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v.10, 2006.

ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal pro societate*. [S.l]: Mundo jurídico, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro*. 2011. 272 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2011.

_____. *Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no Sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal*. Curitiba: Juruá, 2012.

AVARNARO, Roberto Ribas; KNOERR, Fernando Gustavo. *Acesso à justiça e efetividade do processo. Acesso à justiça II*. Organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Adriana Silva Maillart, Fernanda Tartuce Silva. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Trad. José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: tomo II*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BADURA, Peter. Le rôle de la jurisprudence en droit public allemand. *Revue Internationale de Droit Compare*, n. special, v.6, 1984.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. Interpreting Precedents: A Comparative Study. London: Dartmouth, 1997.

BARBOSA, Adriano. Das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados à necessidade de precedentes obrigatórios - Uma breve reflexão à luz do projeto do novo CPC. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2a. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: JG Editor. 2003.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Tempo e processo. Os reflexos do direito intertemporal nas reformas do processo penal. In: *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re) construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BENDITT, Theodore M. *The Rule of Precedent*. Oxford, 1987.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BERTOLO, José Gilmar; BERTOLO, Ana Maria Ribeiro. *Tutela Antecipada: origem, princípios e diferenciações no direito positivo brasileiro*. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça um problema ético-social no plano da realização do direito*. 2.ed. revista Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2004.

BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: Edipro, 2005.

_____. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES DE PINHO, Davi Valente. *Dos Recursos Penais: breves notas sobre os recursos na área criminal e sobre o habeas corpus*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal. Análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRIANEZI, Graziela Parreira. A (ins)tabilidade das súmulas vinculantes no Brasil: uma leitura equivocada da teoria dos precedentes judiciais do sistema *Common Law*. *Revista do Curso de Direito da UNIFOR*, Formiga, v.4, n.1, p. 01-10, jan./jun. 2013.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. A Técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. ano 38. v.221. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 2013.

CALDAS, Igor Lúcio Dantas Araújo. *Dos precedentes judiciais às súmulas vinculantes: análise da verticalização do poder e do discurso judicial padronizado*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

CAMARGO, Bárbara Galvão Simões de; COSTA, Yvete Flávio. *O acesso à tutela jurisdicional: direito ou punição. Acesso à justiça II*. Organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Adriana Silva Maillart, Fernanda Tartuce Silva. Florianópolis: FUNJAB, 2013

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; BALARINI, Flávia Gonçalves. *A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais*. Teoria e história do direito constitucional. Organização CONPED/UFF ; coordenadores: Alexandre Walmott Borges, Ilton Noberto R. Filho, Marco Aurélio Marrafon. Florianópolis : FUNJAB, 2012.

CAMBI, Eduardo, FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. *Revista de Processo*. ano 38. v. 215. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2013.

_____; *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Leituras Complementares de Processo Civil*. 6.ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1.ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARREIRA, Guilherme Sarri. *O princípio da superação jurídica e a superação do precedente judicial*. 2013. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

CARVALHO, Ernani. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES Neto, José Mario Wanderley (Org.). *As dimensões do acesso à justiça*. Bahia: Juspodvm, 2008.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CASALI, Guilherme Machado. Sobre o conceito de segurança jurídica. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIII, n.46, p.113-119, jul./set. 2009.

CAVALCANTI, João Hélder Dantas. *O direito à igualdade na aplicação da lei e do precedente judicial*. Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico, sob a orientação do Professor Doutor Ari Marcelo Solon. Mackenzie/SP, 2007.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal: características, conseqüências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COÊLHO, Yuri Carneiro. *Curso de direito penal didático*. Volume único. São Paulo: Atlas, 2014.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Coqueijo. *Ação Rescisória*. 7.ed. São Paulo: LTr, 2002.

COSTA, Gerdinaldo Quichaba. A coisa julgada e o princípio da individualização da pena: imutabilidade ou ponto de partida? *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Belo Horizonte – MG, nos dias 22, 23, 24 e 25 de junho de 2011.

COSTA, Martins. A boa-fé como modelo (uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, v.II, n.4, junho, 2004 .

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre : Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v.27, n.57, 2003.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. *Prática dos recursos*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008..

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2013.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. 4. ed. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPODIVM, v. 2, 2009.

_____; _____. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. v.2. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*, n.55/56, p. 1-1421, jan/dez 2001.

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. *Columbia Law Review*, v.49, n.6, June 1949.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e de Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. Bahia, 2010.

_____; _____. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin A. The Principles of Legal Reasoning in the Common Law. *Common Law Theory*, Cambridge, 2008.

_____. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.

FAIRCHILD, Thomas E. Limitation of new judge-made law to prospective effect only: prospective overruling or sunbursting. *Marquette Law Review*, v.51, year 1968.

FALLON JR, Richard H. Stare Decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology. *New York University Law Review*, v.76, maio/2001.

FAN, Chang; CORREA, Everton Gomes. Sentença, coisa julgada e decisão teratológica. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, v.13, n.2 ,jul./dez. 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance *et al.* *Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9099/95*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997.

_____; GOMES FILHO, Antônio Magalhães Gomes Filho; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação nos tribunais*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio *et al.* Teoria da norma jurídica: um modelo pragmático. *In: A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA, Siddharta Legale. Standards: o que são e como criá-los? *Revista de Direito dos Monitores da UFF* v.8, Rio de Janeiro, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Corrêa de. Coisa julgada na ação civil pública: abrangência nacional ou limitação territorial? *Arquivo Jurídico*, v.1, n.1, jul/dez 2011.

FILHO, Juraci Mourão Lopes. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

FIUZA, César. Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios. *Revista de Informação Legislativa Brasília* a.36, n.144 out./dez. 1999.

FON, Vinci; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *Internacional Review of Law and Economics*, 2006

FONSECA, Paulo Henrique da; GRABOIS, Daniel Aguiar. Segurança jurídica e democracia para a integração da América Latina. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

FREITAS, Frederico Loureiro de Carvalho. *Dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao estado democrático de direito*. V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2010.

FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Revista Direito GV*, São Paulo jul-dez 2010.

GOLDBERG, Phil; SCHWARTZ, Victor E; SILVERMAN, Cary. Toward neutral principles of stare decisis in tort law. *South Carolina Law Review*, 2006.

GOMES NETO, F. A. *Código de processo penal: teoria e prática nos termos da nova constituição brasileira*. [S.l]: Brasiliense Coleções, 1990.

GOMES NETO, Indalécio. Antecipação da tutela. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba, v.21, n.2, jul./dez. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico do direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUASTINI, Riccardo. Trad. Edson Bini. *Das fontes às normas*. Quartier Latin do Brasil: São Paulo, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HARRIS, Bruce V. Final Appellate Courts Overruling Their Own ‘Wrong’ Precedents: the Ongoing Search for Principle. *Law Quarterly Review*, v.118.

HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. 4.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. João Batista Machado. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

KOZEL, Randy J. Stare decisis as judicial doctrine. *Washington and Lee Law Review*, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASH, Kurt T. The cost of judicial error: stare decisis and the role of normative theory. *Notre Dame Law Review*, 2014.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEDERMAN, Howard Yale. *Judicial Overruling: time for a new general rule*. Michigan: Michigan Bar Journal, 2004.

LEMIEUX, Charlotte. Jurisprudence et sécurité juridique: une perspective civiliste. *Revue de droit de l'Université de SHERBROOKE*, n.29, 1998-1999.

LEVAL, Pierre N. Judging under the constitution: dicta about dicta. *New York University Law Review*, v.81, number 4, october 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4.ed. Tradução de BUZOID, Alfredo; AIRES, Benvindo. Atualizadora: GRINOVER, Ada Pellegrini. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LISPECTOR, Clarice. *Um Sopro de Vida - Pulsações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978.

LLOYD OF HAMPSTEAD, Dennis Lloyd Baron. *A Ideia de Lei*. Trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOSANO, Mário G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC*. Ano 109, v.417. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5.ed. São Paulo, 1984.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. *Teoria geral do Direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINHO, Ivana Mafra. Os limites subjetivos da coisa julgada no mandado de segurança coletivo para a tutela de direito individual homogêneo. *Revista Jurídica da Seção Judiciária Federal de Pernambuco*, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. Coordenador Luiz Guilherme Marinoni. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. A Força dos Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART. *Manual do processo de conhecimento*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, Gabriel Lima; HENKELS, Rodrigo. A coisa julgada como pilar do Estado Democrático de Direito. *Revista da ESMESC*, v.15, n.21, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, 2009.

MARTINEZ, Gregório Perces-Barba. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MARTINS DE OLIVEIRA, João. *Revisão criminal*. 1.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Raphael Manhães. O Princípio da Confiança Legítima e o Enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XII, n.40, p. 11-19, jan./mar. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; YACOUB, Giselle Picorelli. Acesso à justiça e efetividade na tutela dos direitos: Um olhar para além das reformas. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÉDICE, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida), 1998.

MELLADO, José María Asencio. *La Libertad de Movimientos como Derecho Fundamental. Derechos Procesales Fundamentales*. Madri: Manuales de Formación Continuada, n.22, 2004.

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

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

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes. *O caráter interdital da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais. Introdução Geral*. Apontamentos das aulas. Lisboa, 1999.

_____. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*. Tomo IV. 2.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1993.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedentes: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. ano 37. v.206. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012.

MORAES, Denise Maria Rodríguez. A uniformização da jurisprudência como mecanismo de efetivação da garantia do acesso à justiça: uma proposta do projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.220, ano 38, jun/2013.

MORAIS, Gisela Telles de Menezes. O precedente vinculante na solução das controvérsias. *Revista de Direito da Faculdade de Anhanguera de Jacaraí*, v.14, n.19, ano 2011.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. *Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Juizados especiais criminais*. Salvador: Juspodivm, 2007.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. *O precedente judicial no sistema brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao PPGD da USP. São Paulo, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Revisão criminal no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas 1997.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUNIZ, Jânio Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999.

MUÑOZ, Martín Orozco. *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.

MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado: o equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Ltr, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2.ed. Bahia: Juspodivm.

NOGUEIRA, Hiolany Costa. *Precedentes judiciais como instrumento de segurança jurídica e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. UNICEUB, Brasília, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre; GODOY, Daniel Polignano; CARVALHO, Danilo Corrêa Lima de. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v.1, n.1, jan./jun. 2013.

_____; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n.62, p.179 - 208, jan./jun, 2013.

NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. Trad. Ada Pelledrini Grinover. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

OLIVEIRA, Carlos Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Leituras complementares de processo civil*. 6.ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. A força das decisões judiciais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, n.216, 2013.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. *Common Law, judicial review e stare decisis: Uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

PARISI, Francesco; FON, Vincy. Judicial Precedents in civil law systems: a dynamic analysis. *International Review of Law and Economics* 26, 2006.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. Imutabilidade das decisões: os limites objetivos da coisa julgada. *Scientia Iuris*, Londrina, v.11, 2007.

PAULA, Aline Seleguim de; PAULA, Alexandere Sturion de . A relativização da coisa julgada no direito previdenciário. *Revista Científica Sensus: Direito*, v.1, n.6, Janeiro-Junho, 2013.

PENTEADO, Jaques de Camargo. Revisão Criminal. *Revista Justitia*, São Paulo, 57(171), jul/set, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Tecnos, 2005.

PINTO, Nelson Luiz. A Antecipação da Tutela como Instrumento de Efetividade do Processo e de Isonomia Processual. *Universitária*. Araçatuba, v.1, n.1, dez. 2000.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

POLICHUK, Renata. Precedente e Segurança jurídica: A previsibilidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Segurança jurídica dos atos jurisdicionais*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

PORTES, Maira. *O desenvolvimento jurisprudencial do direito: aspectos da teoria dos precedentes sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

POUND, Roscoe. What of Stare Decisis?. *Fordham Law Review*, Nova York, v.10, 1941.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010.

LEAL, Saulo Brum; KINZEL, Inez Maria. *Prefácio In: Notas sobre revisão criminal. Doutrina e jurisprudência SANGUINE*, Odone. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1994.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PROCHNOW JÚNIOR, Jenz. Da natureza jurídica da decisão que concede a tutela antecipada e sua repercussão no aspecto endoprocessual. *Revista Jurídica da Unirondon*. Cuiabá, n.2, jul./dez. 2001.

QUEIJO, Maria Elisabeth. *Da revisão criminal condições da ação*. São Paulo: Malheiros, 1998.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte Geral*. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

QUIRÓS, Joaquím García Bernaldo de. *El derecho fundamental a um proceso sin dilaciones indebidas. Derechos procesales fundamentales*. Madri: Manuales de formación continuada, n. 22, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6.ed. rev. e acres. Trad. Prof. Cabral de Moncada. Coleção STVDIVM. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 31, n.122, mai./jul. 1994.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. *Revista de Processo*. ano 38. v.217. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013.

_____. Precedente judicial: aspectos essenciais. São Paulo: *Revista Dialética de Direito Processual*, jul. 2013.

RIBEIRO, Ludmila. A emenda constitucional 45 e a questão do acesso à justiça. *Revista Direito GV* 8, São Paulo, 4(2), p.465-492, jul-dez 2008.

RÍOS, Juan Antonio xiol. *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*. Madri: Centro de Estudios, 2005.

ROCHA, Luciana da. *Da atribuição de autoridade ao precedente judicial no processo civil brasileiro: o guardião da lei federal e os juizados especiais cíveis*. 2011. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

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

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; SOUZA, Maria Carolina Rosa. A possibilidade de concessão do ofício da tutela antecipada fundada no direito fundamental de acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.223, ano 38, set. 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial. Hermenêutica e epistemologia. 50 anos de verdade e método*. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

ROTTA, Mariza; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. O pacta sunt servanda - cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade. *Revista Jurídica Cesumar*, v.8, n.1, p.193-218, jan./jun. 2008.

SAÍKI, Silvio Luís de Camargo. A norma jurídica da motivação das decisões judiciais. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 9, n.88, p.01-17, dez./2007 a jan./2008.

SAMPAIO, Tadeu Cincurá de Andrade Silva. *A reclamação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia como instrumento pedagógico de efetividade do precedente judicial*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito, Salvador, 2014.

SANGUINÉ, Odone. Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.31, julho de 2000.

SANTOS, Gerson Pereira dos. *O solitário ofício de julgar*. 2.ed. Ciência Jurídica: Belo Horizonte, 1993.

SANTOS, Samuel Bertolino dos. A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. direito e segurança jurídica. *Revista de Direito das Faculdades Integradas de Jaú*, v.1, n.1 (ago.2013).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. *Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado*, n.9, Salvador, maio de 2007.

SAUSEN, Dalton. A utilização (in)devida dos precedentes: uma reflexão para além do aspecto quantitativo da prestação jurisdicional. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. jan-mar, v.78, n.1, ano XXIX, 2011.

SCHAUER, Frederick. *Precedent*. Stan. L. Rev, 1987.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. ano 38. v. 226. São Paulo: Revista dos Tribunais, dez. 2013.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedent en el common law*. Madrid: Civitas, S.A.,1995.

SHERWIN, Emily; ALEXANDER, Larry. Judges as Rules Makers. *Common Law Theory*. Cambridge, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Adhemar Raymundo da. *Estudos de direito processual penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, VI, 1957.

SILVA, Celso Albuquerque. *Súmula vinculante; teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Cesar Antônio da. *Doutrina e prática dos recursos criminais*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

SILVA, Eddie Parish. O efeito da superação de precedentes. *Revista de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*: Salvador, maio de 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado* 4, 2006.

SINCLAIR, Michael. Precedent, Super-Precedent. *Geo Mason L. Rev*. v.14:2, 2007.

SIQUEIRA FILHO, Mariano de. *Curso básico de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

SOARES, Livia Ferreira Maioli; ALMEIDA, Raquel Santos de. As decisões judiciais na sociedade de risco. Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Dynair Alves de. A tutela antecipada como um dos meios de acesso à ordem jurídica justa. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*. Cuiabá, v.1, n.1, jul./dez. 1999.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do direito processual civil brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado apresentada ao PPGD-UFBA, 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença Civil Imotivada*. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Acesso à justiça e a responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Local: Coimbra, 2006.

STRADA, Elisângela. Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. *Espaço Jurídico*. São Miguel do Oeste, v.5, n. 9/10, jan./dez. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A ficção da verdade real e os sintomas da falta de compreensão filosófica da ciência processual. *Revista do Ministério Público do RS*. Porto Alegre. n.70, set. 2011-dez 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARUFFO, Michelle. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago do Chile: Metropolitana, 2009.

_____. Precedentes e Jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, n.199, 2010.

TAVARES, Fernando Horta (Coord.). *Urgências de tutela*. Curitiba: Juruá, 2008.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti; COUTO, Mônica Bonetti. *O acesso à justiça e seu enquadramento como direito fundamental: contexto atual e evolução*. Encontro Nacional do CONPEDI. Acesso à justiça I. Organização CONPEDI/UNINOVE; coordenadores: Monica Bonetti Couto, Maria dos Remédios Fontes Silva, Fernanda Tartuce. – Florianópolis : FUNJAB, 2013.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, v.2, 1995.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à Justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TORRES, Johana Carolina Gutiérrez Torres. *El precedente judicial como fuente formal y material del Procedimiento Administrativo Colombiano*. Tesis o trabajo de investigación presentada como requisito parcial para optar al título de Magister en Derecho Administrativo. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá, Colombia, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TREANOR, William Michael. SPERLING, Gene B. *Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes*. Washington: Columbia Law Review, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

VIEIRA, Antônio. *Sermão da Primeira Domingo do Advento de Padre Antônio Vieira*. 1650, M1.

VILLELA, Álvaro. *A Revisão no processo criminal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1897.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Prefácio de François Terré. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. Revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WACHTLER, Sol. Stare decisis and a changing New York Court of appeals. *St. John's Law Review*: v.59, p. 452, 1985.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of the law: a layered approach. *Michigan Law Review*, v.111:1, p.26, out. 2012.

WALL, J.R.N. *Prospective Overruling – It's about time*. October, 2007.

WEISSHEIMER, José Álvaro de Vasconcelos. Acesso à Justiça. *Justiça do Direito*. Passo Fundo, v.17, n.1, jan. 2003.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Trad. Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. v.1. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p.126.

ZAMARIAN, Livia Pitelli; NUNES JR, Vidal Serrano. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n.19, jan./jun. 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. 2005, 399f., Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo. *La noción de um proceso penal com todas las garantias. Derechos procesales fundamentales*. Madri: Manuales de formación continuada, n. 22, 2004.

ZARDO FILHO, Ricardo Leão de Souza. Precedentes reguladores: uma afronta à separação de poderes e à independência judicial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes. Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. *Revista de Processo (REPRO)*, n. 82, ano 21, abril-junho de 1996.