

Precedentes, CPC/2015 e o Processo Penal: Breves Considerações¹

Precedent, CPC/15 and Criminal Procedure: Brief Comments

Rodrigo Mazzei*

Maira Ramos Cerqueira**

Sumário

Introdução. 1. Teoria do Direito e Precedentes. *Common Law e Civil Law*. 2. O CPC/2015 como Eixo do Direito Processual: o Art. 15 do CPC/2015 e a Aplicação Supletiva, Subsidiária e Residual do CPC ao Processo Penal. 3. O Modelo de Precedentes do CPC/2015 e sua Aplicabilidade ao Processo Penal. 4. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo

Analisar-se-á de forma sintética, porém, não superficial, se o modelo de precedentes, delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, é aplicável ao processo penal.

Abstract

It will be analyzed synthetically, but, not superficial, if the model precedents, regulated in art. 926 and following the Code of Civil Procedure 2015, it applies to Criminal Proceedings.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. *Common Law e Civil Law*. Precedentes. Processo Penal. Teoria do direito.

Keywords: *Code of Civil Procedure 2015. Common Law and Civil Law. Precedents. Criminal Proceedings. Theory of law.*

¹ O presente texto faz parte de uma série de ensaios acerca do diálogo do CPC/15 com o processo penal, valendo conferir em abertura: MAZZEI, Rodrigo. A saber: Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

* Pós-Doutor pela UFES (bolsa CAPES-REUNI). Doutor pela FADISP. Mestre pela PUC/SP. Professor nos cursos de graduação e mestrado da UFES. Advogado.

** Mestranda em Direito Processual pela UFES. Bolsista da CAPES. Advogada.

Introdução

Sob a promessa de um novo tempo foi fundada, em 1988, a nova ordem constitucional. Pouco mais de 27 (vinte e sete) anos depois, ainda é procurada uma maneira de consolidá-la em seu projeto democrático: um programa que depende de um modo coordenado de atuação dos poderes estatais com a sociedade civil e com todos os segmentos sociais que caracterizam sua diversidade. Nessa perspectiva, o processo civil passou a orientar-se por um novo paradigma², qual seja o de efetivar os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Suas disposições concentram não apenas as garantias resultantes da emancipação conquistada naquele específico momento histórico, mas também um projeto para o futuro (MOREIRA, 2010)³.

Com o discurso de ser necessário reafirmar no sistema processual infraconstitucional as garantias constitucionais, foi introduzido um novo Código de Processo Civil, elaborado a partir de labuta de *recodificação*⁴. Isso porque o diploma codificado de 1973, denominado por alguns de Código Buzaid, assegurava de forma deficitária os valores previstos na Constituição, além de mostrar-se destoante com aludidos axiomas⁵. Elaborou-se, então, uma nova legislação processual civil, Lei nº 13.105, aprovada em março do ano de 2015 (CPC/2015). Diversas foram as alterações⁶, sendo, uma das mais significativas a inserção de um modelo de precedentes, delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil.

² O vocábulo paradigma é aqui utilizado para “[...] designar os valores, crenças e técnicas compartilhadas por membros de uma comunidade para substituir regras e solucionar problemas apresentados pela ciência. Portanto, identificar um paradigma em dada época e contexto histórico, parece permitir que sejam reconhecidos os pressupostos utilizados para o alcance de decisões, inclusive os referentes aos direitos fundamentais” (COURA; FONSECA, 2014, p. 23-24).

³ A abordagem das constituições como projetos é típica das análises reconstrutivistas, nas quais se encaixam as teorias de Habermas e Dworkin. Caracterizam-se pelo abandono da pretensão de alcance da vontade constituinte, voltando-se para as gerações posteriores e para seu potencial construtivo para a consolidação e atualização da ordem constitucional.

⁴ *Recodificação*, ao revés da *descodificação*, implica reconhecer a importância do código anterior, de modo que a retirada do código não se dá sem abrir mão da manutenção da organização do direito pelo meio da *codificação*. De todo modo, é importante assinalar que ao se optar pela *recodificação*, faz-se a substituição de corpo legislativo, não sendo necessário abandonar por completo os regramentos anteriores. Na verdade, a *recodificação* é compatível com a preservação de disposições do texto revogado, ainda que estas, na sua interpretação e aplicação, possam levar a um novo sentido ou resultado. Isso porque mesmo os dispositivos que são repetidos são atingidos pelas mudanças de bússolas entre os códigos. Destaque-se ainda que na *recodificação* o processo legislativo é, naturalmente, marcado pela incorporação no novo texto de outras fontes que não compunham a codificação revogada, mas que já eram usadas em diálogo para crítica e/ou melhor interpretação daquela, destacando-se, no sentido, os dispositivos de leis especiais ou extravagantes (que passam a ser gerais) e ainda o prestígio às posições jurisprudencial e doutrinária marcadas por bússola evolutiva, notadamente quando há outra matriz de interpretação. No Brasil, a *recodificação* tem sido notabilizada pela alteração do paradigma constitucional, em razão do novo código estar sob a égide de Carta diferente da que existia no momento em que promulgado o código revogado. No sentido, basta observar o CPC/73 (em substituição ao CPC/39) e o CC/02 (em permuta ao CC/16). Tratando do processo de *recodificação* (ainda que com olhos para o CC/02), com análise mais ampla e nuances, confira-se: MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

⁵ Confira-se, de forma ampla, sobre o tema: MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 16, p. 177-203, 2014.

⁶ Entre as várias modificações, é possível mencionar: a codificação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), do Incidente de Assunção de Competência (IAC), extinção do agravo retido, alteração de prazos processuais, inserção da tutela de evidência no capítulo da tutela provisória, entre outras.

Sem imiscuir-se na polêmica inerente à nomenclatura⁷, tema este, que por si só, demandaria análise em separado, adota-se para fins deste artigo a expressão “precedentes” para referir-se ao rol de provimentos judiciais elencados no art. 927 do CPC/2015 e seguintes, com força vinculante, que os juízes e tribunais devem observar ao proferirem decisões, para que a “jurisprudência”⁸ se mantenha estável⁹, íntegra¹⁰ e coerente¹¹, nos termos do art. 926, do CPC/2015.

Observa-se neste ponto que jurisprudência não se confunde com precedente. Por jurisprudência compreende-se, em síntese, o conjunto de decisões judiciais reiteradas sobre o mesmo assunto, que embora se repitam sistematicamente, são desprovidas de força vinculante. Precedente, por sua vez, pode ser compreendido como uma decisão judicial, cujo fundamento (*ratio decidendi*) tem aptidão para ser utilizado como diretriz em julgamentos subsequentes, dotado, portanto, de força vinculativa¹². Contudo, nem todas as decisões formam precedentes judiciais¹³.

O modelo de precedentes justifica-se na medida em que o Estado Democrático de Direito reclama, sob pena de violação a diversos valores constitucionais, em especial

⁷ Apenas para mencionar a problemática em torno do tema, entre outros, afirmam Lênio Luis Streck e Georges Abboud inexistir “Sistema de Precedentes”, existindo, contudo, um conjunto de provimentos judiciais legalmente vinculantes (In: “O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?” Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em 01 fev. 2017). Para Hermes Zanetti Júnior, há que se falar “Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes” (Confira-se: “O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes”. Ed: Juspodivm, 2016). Luiz Guilherme Marinoni adota a terminologia “precedentes judiciais”. (Vide: *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015). Registre-se, que o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), por outro lado, parece entender que com o advento do novo CPC, há que se falar em um “microsistema de Precedentes”. É o que se extrai dos enunciados 459 e 460, respectivamente: “As normas sobre fundamentação adequada quanto à distinção e superação e sobre a observância somente dos argumentos submetidos ao contraditório são aplicáveis a todo o microsistema de formação dos precedentes”, e, “O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação do *amicus curiae*”. Esta rápida menção, feita aqui em nota de rodapé, a algumas das variadas nomenclaturas utilizadas pela doutrina, ilustra parte da polêmica envolvida na temática em questão.

⁸ Adequado seria falar em estabilidade, integração e coerência do ordenamento jurídico.

⁹ Nesse sentido, vide alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis:

Enunciado 316: (art. 926): “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Enunciado 453: (art. 926 e 1.022, parágrafo único, I): “A estabilidade a que se refere o *caput* do art. 926 consiste no dever dos tribunais observarem seus próprios precedentes”.

¹⁰ Sobre a integridade, transcrevemos alguns enunciados do FPPC:

Enunciado 456: (art. 926): “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

Enunciado 457: (926): “Uma das dimensões do dever de integridade previsto no *caput* do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico”.

¹¹ Enunciado 454 do FPPC: (art. 926 e 1.022, parágrafo único, I): “Uma das dimensões da coerência a que se refere o *caput* do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem os seus próprios precedentes (dever de autorreferência)”.

Enunciado 455 do FPPC: (art. 926): “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

¹² Precedentes podem ter por objeto questão de direito material ou processual.

¹³ Enunciado 315 do FPPC: (art. 927): “Nem todas as decisões formam precedentes judiciais”.

à segurança jurídica, que tem como elemento central a proteção da confiança¹⁴⁻¹⁵, que as decisões judiciais sejam proferidas de forma isonômica, sempre que existirem pretensões fundadas em questões de fato e de direito similares. Evitando-se com isso, provimentos jurisdicionais arbitrários, que reconduzem à indeterminação do discurso jurídico.

Coerência, estabilidade e integridade, garantem, desta forma o cumprimento do disposto no texto constitucional, evitando-se, ademais, “decisões surpresas”, o que violaria o art. 10, do CPC/2015¹⁶.

Por vezes, embora uma decisão judicial possa ser reduzida a termos objetivos e impessoais, muitas vezes o que juiz está descobrindo no texto normativo não são os valores constitucionais, mas, seus próprios valores pessoais. Assim, a coerência entre as decisões judiciais é fundamental, não apenas para conferir autoridade e credibilidade ao Poder Judiciário, mas, é também imprescindível ao Estado Democrático de Direito (MACCORMICK, 1995)¹⁷.

O objetivo deste artigo é, portanto, analisar de forma sintética, porém, não superficial, se o modelo de precedentes, elencado no art. 926 e seguintes do Código de Processo de 2015, é aplicável ao processo penal.

Assim sendo, a problemática será desenvolvida em três tópicos. No primeiro analisar-se-á se o precedente é típico dos sistemas de *common law*, ou, se é decorrente da teoria do direito. Posteriormente, serão delineados alguns apontamentos a respeito do art. 15, do CPC/2015, para verificar se a nova codificação projeta-se para o processo penal. No terceiro e último tópico, será analisado se o modelo de precedentes codificado no art. 926 e seguintes do novo código de processo civil é aplicável ao processo penal.

Ressalte-se, por oportuno, que embora a análise seja sucinta, haja vista que maiores imersões no tema seriam, por certo, objeto de um trabalho mais amplo, abordaremos as questões mais relevantes e sensíveis que lhe dizem respeito. Assim, ainda que a exposição seja breve, a complexidade inerente ao assunto não restará comprometida¹⁸.

¹⁴ Explica Karl Larenz, que o comportamento de um indivíduo gera expectativas legítimas aptas a induzir o comportamento de outrem. Tais expectativas não podem ser frustradas de maneira volúvel porque se fundamentam na boa-fé.

¹⁵ Enunciado 323 do FPPC: (arts. 926 e 927): “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

¹⁶ Ressalte-se que o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado número 2, nos seguintes termos: (arts. 10 e 927, §1º): “Para formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.

¹⁷ Enunciado 169 FPPC: (art. 927): “Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos §9º do art. 1.037 e §4ª do art. 927”.

Enunciado 170 FPPC: (art. 927, *caput*): “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a ele submetidos”.

¹⁸ Todos os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis mencionados nas notas de rodapé deste tópico encontram-se disponíveis em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2017.

1. Teoria do Direito e Precedentes. *Common Law* e *Civil Law*

Precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas de *Common Law*, isso porque são inerentes à Teoria do direito, assim, integram também os ordenamentos jurídicos de *civil law*.

Uma teoria do precedente judicial, só será válida universalmente, se restar comprovado que “[...] o tipo de raciocínio, ou melhor, o processo hermenêutico, seguido no momento de se interpretar e aplicar um precedente judicial é o mesmo em qualquer sistema jurídico” (BUSTAMANTE, 2012, p. 93), pouco importando se é de *common law* ou *civil law*. Ou seja, a validade está condicionada ao estabelecimento de regras de argumentação úteis que justifiquem a decisão de aderir a, afastar-se de, ou modificar um precedente judicial, que se apliquem a qualquer ordenamento jurídico, pouco importando sua tradição (BUSTAMANTE, 2012). Durante o século XIX, período de significativa hegemonia da doutrina juspositivista, as diferenças entre esses sistemas jurídicos tornaram-se mais acentuadas.

A rigorosa separação entre um direito estritamente codificado e um direito jurisprudencial é resquício da forma de pensar positivista que:

[...] considerava o Direito apenas como um objeto estático a ser analisado e previa para a teoria jurídica apenas uma dimensão analítica e descritiva, cujo método fundamental era um certo conceptualismo e um apelo a classificações e dicotomias tais como Direito positivo/Direito natural, norma válida/inválida; ser/dever-ser; norma proposição jurídica; Direito subjetivo/obrigação jurídica; ciência do direito expositória/censorial, entre outras (BUSTAMANTE, 2012, p. 93).

A tese da autonomia metodológica entre o *civil law* e o *common law*, todavia, assenta-se em falsas premissas. Isso porque, baseia-se em comparar equivocadamente interpretação/aplicação da lei e interpretação/aplicação do precedente. Ou seja, são métodos distintos, razão pela qual não podem ser comparados. Assim como não se comparam “[...] peras e uvas apenas porque são frutas, não se pode comparar a interpretação/aplicação das leis com a interpretação/aplicação de precedentes, apenas porque seu resultado são decisões judiciais” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 328).

Ademais, uma análise estrutural do processo de formação e concretização do Direito, aponta que este necessariamente apresenta uma dúplici dimensão, unindo racionalidade e autoridade. A antiga diferenciação entre as tradições jurídicas que determinava o método indutivo para o *common law* e o método dedutivo para o *civil law*, “[...] é na verdade resultado da preponderância de um modelo de precedentes e de um modelo leis” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 329). Partia-se da premissa de que na tradição jurídica do *common law*, os juizes aproximavam-se do *case law* e extraíam deste caso, princípios e regras.

Analisando a decisão jurídica sobre a ótica da sua justificação, como faz, entre outros, Maccormick, resta evidente que do ponto de vista dos processos de raciocínio não há diferenças sensíveis entre *civil law* e *common law*.

[...] *For my part, however, I do not believe that in truth and in substance there is as profound a difference between common law and civilian processes of reasoning as the considerable but superficial difference of appearances would suggest. I do not want to minimise that superficial difference – indeed I have already laid considerable stress on it – nor to underemphasise the important differences of traditions which is relevant to its explanation. But I want strongly to suggest that style is not all, and that yet more important are the fundamental elements of legal reasoning which appear to me probably to be common to legal operations at least in all relatively highly developed legal orders* (MACCORMICK, 1978, p. 170-171).¹⁹

Tanto na tradição jurídica de *Civil law* ou *Common law* a postura do intérprete será eminentemente dedutiva quando houver uma regra geral à qual os fatos do caso possam ser reconduzidos pelo mecanismo da subsunção. Semelhantemente, quando o julgador parte de uma regra que regule uma situação concreta A para, por analogia, encontrar uma regulação semelhante para o caso A', necessário será encontrar por indução, um princípio geral capaz de abarcar tanto o caso A quanto o A'. Ou seja, pouco importa se estamos diante de uma regra produzida pelo julgador ou legislativamente, o processo de raciocínio é o mesmo.

[...] As duas formas de raciocínio-indução e dedução estarão sempre presentes, em maior ou menor grau, na atividade judicante, em qualquer sistema jurídico. A fonte da confusão que subjaz a tese da autonomia metodológica do *common law* está em certas diferenças que notoriamente existem entre a interpretação legislativa e o desenvolvimento do direito por analogia, mas é claro que tanto uma quanto outra têm lugar seja no *common law* quanto no *civil law* razão pela qual do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*. Para o Positivismo Jurídico – que, embora decadente,

¹⁹ Tradução: "De minha parte, não acredito que exista uma diferença em verdade e substância entre os processos de justificação nas tradições *civil law* e *common law*, como as consideráveis, mas aparentes e superficiais diferenças aparentam sugerir. Não é minha intenção que essas diferenças superficiais sejam minimizadas, até porque, de fato, algumas são essenciais para explicar a diferenciação entre os modelos. Contudo, o mais importante a ser considerado são os elementos fundamentais das razões jurídicas/ argumentação judicial/ raciocínio jurídico desenvolvido nas operações jurídicas, que me parece ser o mesmo em todos os ordenamentos jurídicos altamente desenvolvidos".

ainda é o pano de fundo das duas tradições jurídicas – em ambos os casos o juiz é metodologicamente livre e sua atividade consiste em um ato de criação normativa com fundamento nas normas gerais do ordenamento em que a decisão se insere. O processo de raciocínio, como a análise de Kelsen permite crer, é o mesmo nas duas tradições jurídicas. O Direito judicial – embora tenha vinculatividade ou força diferente nas duas tradições – forma-se do mesmo modo (BUSTAMANTE, 2012, p. 103).

Sendo assim, ainda que subsistam certas diferenças no estilo judicial, o esquema silogístico da subsunção é inerente tanto aos sistemas jurídicos herdeiros da *civil law* quanto aos da *common law* (MACCORMICK, 2008, p. 63).

Afirmar que os juízes do *common law* apenas procedem por analogia mostra-se dissociado do que realmente ocorre nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Da mesma forma, negar a crescente e expressiva admisão da força normativa dos precedentes nos ordenamentos de *civil law*, “[...] seria deixar de enxergar o óbvio, quer pela internalização de uma presunção a favor dos precedentes, quer pela crescente legislação que torna vinculatória a observância dos precedentes nestes países” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 329).

É crescente a aproximação entre sistemas de *civil law*, e, *common law*, haja vista utilizarem substancialmente o mesmo método decisório para aplicar, “[...] ora regras legais, ora regras resultantes de precedentes, especialmente quando estes precedentes, decorrem de decisões das cortes Supremas” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 330). Em ambas as tradições jurídicas (*civil law* e *common law*), a justificação interna das decisões, dar-se-á por subsunção, justificando-se, desta forma, o direito aplicável ao caso-presente, quer a partir de uma norma-precedente, quer partir de uma norma-lei (ZANETI JÚNIOR, 2016). Entende-se por justificação interna, o controle lógico formal do raciocínio judicial a partir do conteúdo do próprio ato decisório. O objetivo da justificação interna é conferir a validade das inferências baseando-se nas premissas estabelecidas na própria decisão.

A justificação externa, por seu turno, diz respeito à fundamentação das premissas da decisão, seus aspectos fáticos e jurídicos, que dependem do controle da correta argumentação do juiz ou tribunal no momento da decisão, “[...] referem-se ao ponto de vista substancial do direito em um determinado ordenamento, em um dado momento histórico, e aos fatos concretos relacionados à causa” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 147). É um controle jurídico e fático, examina-se não apenas a validade das inferências, mas, também a fundamentação das premissas.

O objeto da justificação externa é o controle da solidez, da correção, dos pressupostos fáticos e jurídicos da decisão (ZANETI JÚNIOR, 2016). A combinação de ambos os métodos de justificação, permite o resgate do silogismo, como forma de controle interno da fundamentação das decisões. “Em maior ou menor grau, o juiz adota ambas as atividades em qualquer sistema jurídico” (BUSTAMANTE, 2012, p. 111).

Não há, portanto, “[...] diferenças paradigmáticas que sustentem a distinção radical de métodos entre os sistemas ou tradições, a evolução do direito acabou jogando por terra as antigas dissensões entre *common law* (*judge-made law*) e a *civil law* (*code based legal systems*)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 98).

Assim, resta claro que o precedente, sendo inerente à Teoria do Direito, não é ínsito apenas à *Common Law*, daí ser possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*²⁰, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito²¹.

2. O CPC/2015 como Eixo do Direito Processual: o Art. 15 do CPC/2015 e a Aplicação Supletiva, Subsidiária e Residual do CPC ao Processo Penal

A leitura apressada do art. 15 do CPC/2015²² pode ocasionar o incorreto entendimento de que não há projeção da nova codificação para o processo penal, postura esta que se daria através de uma interpretação literal do rol do dispositivo, extraindo-se, de tal direção desviada, que tal legislação somente se aplicaria aos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos.

A premissa é falsa, pois, o art. 15 possui rol meramente exemplificativo, tendo sido construído para ser o eixo central do processo nacional. Note-se que para encaixe do novo CPC como fonte (supletiva, subsidiária e residual²³), deve se entender que não basta que ocorra a omissão no diploma externo a esse, mas que a regra que se pretende exportar seja também compatível com o diploma de recepção. No particular, o art. 769 da CLT²⁴ possui superfície redacional que permite desvendar melhor os contornos no art. 15, pois seu desenho é mais claro que o dispositivo do direito processual comum (MAZZEI, 2016).

²⁰ A sistematização de um modelo de precedentes para os ordenamentos jurídicos de *Civil law*, deve observar, contudo, as peculiaridades que lhe são inerentes, sob pena de se tornar discrepante para nte à realidade na qual se encontra inserido, tornando-se, desta forma, de complexa operacionalização, o que por certo o desvirtuaria dos objetivos pelos quais fora concebido, qual seja, conferir ao ordenamento jurídico estabilidade, integridade e coerência.

²¹ Não se está afirmando, todavia, conforme será demonstrado adiante, que este modelo de precedentes deve ser aplicável irrestritamente a todas as leis processuais existentes em um dado ordenamento jurídico. Assim como há uma teoria do processo, denominada por alguns de “teoria geral” com institutos e diretrizes a serem observadas pelos diversos ramos processuais existentes, há que se conceber um “modelo geral de precedentes”, o que no caso do Brasil, já fora regulamentado nos art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil, a ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente àqueles, devendo cada um dos vários ramos do direito processual, desenvolver seu modelo próprio, haja vista que, além das particularidades que naturalmente lhe dizem respeito, por vezes, tutelam distintos bens jurídicos, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

²² Art. 15, CPC/2015: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

²³ Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr [*Curso de direito processual civil* (processo coletivo, vol. 4), 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016”], afirmam que: “Será residual a aplicação do CPC quanto ao respeito à lógica e princípios próprios dos demais sistemas. A aplicação do CPC ao processo penal será sempre residual como forma de controle da adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC se o CPP e os princípios e a lógica própria do direito penal e processual penal não permitirem”.

²⁴ Art. 769, CLT: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível com as normas deste título”.

Assim, percebe-se que o novo diploma processual funciona como fonte que emana um processo comum, com objetivo de dialogar com todos os diplomas orbitais, bastando, para tanto, que ocorra omissão na legislação externa e que haja compatibilidade da regra de transporte e absorção²⁵⁻²⁶ (MAZZEI, 2016).

Note-se, por oportuno, que os artigos 139²⁷, 362²⁸ e 790²⁹, do Código de Processo Penal, mencionam expressamente a aplicação da lei processual civil ao processo penal. Os arts. 63 a 68 do CPP, por seu turno, estabelecem a possibilidade de execução no âmbito civil da sentença penal condenatória e as hipóteses de repercussão no processo civil advindas do julgamento da ação penal. Observe-se que o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 315³⁰, recomenda que o juiz suspenda o processo até que seja julgado o processo penal, caso o conhecimento do mérito dependa da verificação da existência de fato delituoso.

Como exemplo de aplicação de disposições constantes do CPC ao CPP, é possível mencionar, também, a aplicação ao processo penal do extinto artigo 132, CPC/1973, que previa as hipóteses de exceção à exigência da identidade física do juiz. Embora o artigo 399, §2º do Código de Processo penal exija que o juiz que presidiu a instrução é o que deve proferir sentença, aludido diploma normativo não disciplinou os casos de dispensa desta exigência, utilizando, por esta razão, das hipóteses constantes do Código de Processo Civil³¹.

Ademais, a falta de referência expressa do art. 15 do CPC/2015 em relação ao processo penal se torna mais simples de superar ainda na medida em que o art. 3º, do CPP³² prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica³³. Há que se distinguir, contudo: interpretação analógica, interpretação extensiva e analogia.

²⁵ Tal quadro fica mais evidente a partir de vários dispositivos no novo CPC, como por exemplo, o art. 771 (que faz comunicação com todas as leis que tratam da execução) ou art. 1.072 (que trabalha com rol de revogações de outras legislações, para que o processo comum seja melhor encaixado e compatibilizado com outros diplomas).

²⁶ Ressalte-se que o grupo “Normas Fundamentais” do Fórum Permanente de Processualistas, coordenado por Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, ocorrido na cidade de São Paulo nos dias 18 a 20 de março do ano de 2016, elaborou enunciado, prevendo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Processo Civil, haja vista a omissão do art. 15. Contudo, aludido enunciado em que pese ser aprovado no grupo, não fora selecionado para ser submetido à aprovação do plenário.

²⁷ Art. 139, CPP: “O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil”.

²⁸ Art. 362, CPP: “Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida no Código de Processo Civil”.

²⁹ Art. 790, CPP: “O interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil”.

³⁰ Art. 315, CPC: “Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal”.

³¹ Observe-se, em relação a este ponto, que alguns entendem que esta hipótese é um típico caso de ultra-atividade do Código de Processo Civil de 1973. (Vide: Fernando da Fonseca Guajardoni, in: “Impactos do novo cpc no processo penal”. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

³² Art. 3º, do CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

³³ O STF, por maioria, nos autos do Inquérito 4112/DF, decidiu que: “é cabível aplicação analógica do art. 191 do CPC (atual 229, do CPC/2015) ao processo penal”. (Informativo 737/STF).

Extensiva é a interpretação, em que o intérprete amplia o significado de uma palavra com o intuito de alcançar o real significado da norma penal³⁴. Por outro lado, na interpretação analógica, também denominada de *intra legem*, o significado que se busca é retirado do próprio dispositivo, levando-se em conta os termos abertos e genéricos utilizados pelo legislador.

[...] Na interpretação analógica o código atendendo ao princípio da legalidade, detalha todas as situações que quer regular e, posteriormente, permite que aquilo que a elas seja semelhante possa também ser abrangido no dispositivo. É o que ocorre, por exemplo, no art. 121, §2º, I, do Código Penal, que dispõe ser qualificado o homicídio quando cometido mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe. Percebe-se que o legislador fornece uma fórmula casuística (mediante paga ou promessa) e, em seguida, apresenta uma fórmula genérica (ou por outro motivo torpe) (CUNHA, 2016, p. 63).

A interpretação extensiva é gênero, sendo espécies a interpretação extensiva em sentido estrito e analógico. Para se identificar de qual espécie se trata, é necessário verificar se a lei penal traz fórmulas casuísticas e genéricas (interpretação analógica) ou se não fornece um padrão (interpretação extensiva em sentido estrito), neste último caso ficando a cargo do intérprete a extensão do conteúdo da lei objeto de interpretação (GRECO, 2013).

A analogia, por outro lado, é uma regra de integração do ordenamento jurídico. Decorre de uma lacuna, de um vazio normativo, e, não de uma lei pendente de interpretação. “[...] Consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna (o vazio) do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio direito” (CUNHA, 2016, p. 64).

A analogia é admitida em direito processual penal, desde que sua aplicação importe em benefício para o réu (*analogia in bonam partem*) e desde que exista efetiva lacuna legal (vácuo normativo) a ser preenchida. Pode ser de dois tipos: analogia *legis* ou analogia *iuris* (jurídica). Aquela caracteriza-se por utilizar outra disposição normativa

³⁴ Cite-se, entre outros exemplos: o vocábulo “arma”, que integra o art. 157, §2º, I, do CP, engloba qualquer instrumento, apto a servir para o ataque (revólver, faca de cozinha, lâmina de barbear, entre outros). O art. 235, do CP, refere-se não apenas à bigamia, mas também à poligamia, o art. 260, do CP (perigo de desastre ferroviário) envolve além do serviço ferroviário o serviço de metrô. Este tipo de interpretação, todavia, é admitida com ressalvas pelas cortes Superiores. *Vide* entre outros o Resp 476.315, da 6ª Turma do STJ, publicado no DJ em 22.02.1010: “O princípio da estrita legalidade penal impede a interpretação extensiva para ampliar o objeto descrito na lei penal. Na medida em que as multas não se inserem no conceito de tributo é defeso considerar que sua cobrança, ainda que eventualmente indevida – quer pelo meio empregado quer pela sua não incidência – tenha o condão de configurar o delito de excesso de exação, sob pena de violação do princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal e artigo 1º do Código Penal”.

para suprir a lacuna existente, a analogia *iuris*, por sua vez, tem como característica o emprego de um princípio geral do direito para regular um caso, ante a ausência de norma aplicável. Contudo, “[...] até mesmo o emprego da analogia para favorecer o réu deve ser reservado para hipóteses excepcionais, uma vez que o princípio da legalidade é regra e não a exceção” (NUCCI, 2009, p. 92).

Destaca-se como exemplo de analogia *in bonam partem* a aplicação dos arts. 1.024, §3^o³⁵ (conversão dos embargos de declaração em agravo), 1.024, §4^o³⁶ e 5^o³⁷ (ratificação e complementação de recurso posterior), e art. 1.025 do CPC/2015³⁸ (prequestionamento) ao processo penal. O econômico (e impreciso) regramento que é feito acerca do assunto no CPP indica a importância do CPC/15 para preencher vários vácua da legislação processual penal³⁹ (MAZZEI, 2016).

Em resumo, o quadro acima exposto reforça a hipótese de aplicação subsidiária, supletiva e residual do Código de Processo Civil ao processo penal e da existência de um diálogo entre a legislação processual civil e penal⁴⁰.

3. O Modelo de Precedentes do CPC/2015 e sua Aplicabilidade ao Processo Penal

Preliminarmente, há que se destacar, conforme exposto em tópico anterior, que os precedentes, sendo ínsitos à Teoria do Direito, não pertencem apenas à *Commom Law*, sendo possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito.

O art. 926, do CPC/2015 e seguintes do Código de Processo Civil, delineou um “modelo geral de precedentes”, com institutos e diretrizes a serem observadas pelos diversos ramos processuais existentes, a ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente a cada um dos vários ramos do direito processual.

³⁵ Art. 1.024, §3º, CPC/2015: “O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias”. §3º: “O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração, como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (dias), complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, §1º”.

³⁶ Art. 1.024, §4º, CPC/2015: “Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração”.

³⁷ Art. 1.024, §5º, CPC/2015: “Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

³⁸ Art. 1.025, do CPC/2015: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere, existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

³⁹ Para melhor compreensão do tema, recomenda-se a leitura do artigo: Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

⁴⁰ Trata-se de um diálogo de fontes, conforme Cláudia Lima Marques. In: *O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme*. In: *Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

[...] O CPC é a lei processual infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional. O CPC é norma nova e não é mera alteração cosmética, significa uma mudança profunda de paradigmas. A ausência de normas específicas que regulem os demais processos atrai a aplicação supletiva e subsidiária do CPC (art. 15, CPC c/c art. 3º, CPP). Considerando o sistema processual como um todo o CPC compõe o núcleo em torno do qual gravitam todos os demais ordenamentos processuais... O CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re) Codificação, portanto, permeável, plástico, adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico. A aplicação dos precedentes aos demais ramos do direito processual é supletiva (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 461).

Assim como há uma teoria geral do processo, denominada por alguns de teoria do processo⁴¹, dedicada [...] “à elaboração, à organização e à articulação dos conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34), existe no Código de Processo de Civil de 2015, a sistematização de um modelo geral de precedentes tipicamente brasileiro⁴².

O modelo desenhado no CPC/2015 contém elementos que, além de fornecerem subsídios para a adequada compreensão do que é um precedente para o direito brasileiro, fixam pressupostos para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à sua aplicação, superação, distinção, modulação de efeitos, entre outros, ou seja, o aplicador do direito deve conhecê-las antes de examinar o direito processual.

Aqui é possível traçar um paralelo com a teoria geral do processo. Sendo esta [...] “mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do Direito processual, uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais” (JARDIM, 2001, p. 19-20). Assim, é também o modelo de precedentes.

Pode ser compreendido como um modelo geral de precedentes, haja vista que [...] “os conceitos jurídicos fundamentais (lógico-jurídicos) processuais, que compõem seu conteúdo, têm pretensão universal” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34). Classifica-o como geral, por [...] “não ter a pretensão de servir integralmente a determinadas realidades normativas” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 34).

⁴¹ O tema fora minuciosamente desenvolvido por Fredie Diddier Jr, na obra: *Sobre a teoria geral do processo essa desconhecida*. Salvador: Juspodivn, 2013.

⁴² A análise do modelo de precedentes brasileiro, por si só, demandaria trabalho autônomo. Embora, o modelo de precedentes delineado no ordenamento jurídico pátrio, tenha sido inspirado no modelo do direito inglês, e, sobretudo no norte americano, contém diversos institutos que lhe são peculiares, como por exemplo, as súmulas vinculantes. Ademais, uma leitura mais detalhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, permite identificar que ora, se adota a concepção de precedentes como analogia, ora como regras e, também como princípios, ou seja, várias são as possibilidades interpretativas. (Vide: MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. *Revista de Direito GV*. São Paulo: 2012 p. 587-624). Por fim, o ordenamento jurídico detém significativas características e institutos, inerentes à tradição jurídica de *civil law*, o que torna o modelo de precedentes aqui concebido peculiar.

Portanto, o modelo geral de precedentes codificado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 deve ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente aos diversos ramos do direito processual, devendo cada um, observadas as prescrições contidas no “modelo geral”, desenvolver seu próprio modelo.

Afasta-se, com isso, a afirmação de que não é necessário o desenvolvimento de um modelo próprio de precedentes para o processo penal⁴³. Outrossim, [...] “Os problemas que os precedentes apresentam no direito penal e no processo penal são, em alguma medida, distintos dos existentes no direito civil” (ZANETI, 2016, p.453-454).

O processo penal tutela a liberdade⁴⁴, ou seja, bem jurídico distinto do tutelado pelo processo civil, cujo mote é o patrimônio, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

Destaca-se ademais, que no rol de provimentos judiciais descritos no art. 927, do CPC⁴⁵, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, não está elencado o *Habeas corpus*. Todavia, no processo penal, diversas decisões proferidas em sede de HC, vinculam julgamentos posteriores⁴⁶, servindo de fundamento inclusive, para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais e para a edição de súmulas vinculantes⁴⁷⁻⁴⁸.

Todavia, até mesmo a vinculatividade do efeito das decisões proferidas em *Habeas corpus*, por vezes, mostra-se peculiar. É o caso, por exemplo, do HC 126.292, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do saudoso ministro Teori Zavascki.

⁴³ Nesse sentido: Hermes Zaneti Júnior, *in: Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP*. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). *In: Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 458-459.

⁴⁴ O direito processual penal consistiria, portanto, “em um conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum”. (Vicente Grego Filho, *In: Manual de processo penal*. 10ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-88).

⁴⁵ Art. 927, CPC/2015: “Os juízes e os tribunais observarão: I– as decisões do Supremo Tribunal Federal; II– Os enunciados de súmula vinculante; III– Os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV– os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V– Orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁴⁶ Vide, entre outros, o precedente firmado após o julgamento do HC 82959, que culminou na declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, que previa que a pena para a prática de crimes hediondos seria cumprida integralmente em regime fechado. Entendeu o STF que aludido artigo era incompatível com o princípio da individualização da pena. Este entendimento acabou culminado na edição da súmula vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072/90, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

⁴⁷ A Súmula Vinculante nº11, por exemplo, fora editada após o julgamento HC 91952, com o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁴⁸ Os exemplos acima mencionados servem apenas para ilustrar parte do que fora dito. Todavia, uma análise mais detida das decisões e das súmulas editadas pelo STF em matéria penal e processual penal, aponta que reiteradamente entendimentos firmados em julgamentos de *Habeas corpus*, tornam-se precedentes.

Explica-se: O STF fixou a tese de que era possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, sem que com isso, restasse prejudicado o princípio da presunção de inocência. Após o julgamento, diversas prisões foram executadas ao longo do país⁴⁹.

No entanto, posteriormente, o ministro Celso de Mello em decisão proferida em outro *Habeas corpus* (HC 135.100/MG), superou o entendimento antes adotado, afirmando que não há efeito vinculante de decisão proferida em HC.

Ressalte-se, também, que o Partido Ecológico Nacional e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias nºs 43 e 44, pedindo que o art. 283, do CPP ⁵⁰ fosse declarado constitucional, assim, prisões, caso se desse provimento ao mérito, só poderiam ser efetivadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou, no curso da instrução processual, se for hipótese de preventiva ou temporária. No dia 01 de setembro de 2016 iniciou-se o julgamento conjunto de aludidas ações, tendo o ministro Marco Aurélio, dado provimento à medida cautelar para suspender a execução provisória da sentença ainda não transitada em julgado e a libertação dos réus presos em virtude do entendimento anteriormente fixado. Contudo, o plenário do STF ao retomar o julgamento de aludidas ações, firmou posicionamento de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88, sendo possível, desta forma, a execução provisória de sentença penal ainda não transitada em julgado⁵¹.

Há que se destacar, por oportuno, que o direito penal, e, conseqüentemente, o processo penal, são regidos por princípios que lhe são próprios, entre os quais, destacam-se: a) o princípio da estrita legalidade ou da reserva legal (“Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” – art. 2º, do CP); b) princípio da individualização da pena (“A lei regulará a individualização da pena); c) princípio da responsabilidade pessoal (“Nenhuma pena passará da pessoa do acusado”); d) princípio da culpabilidade (art. 59, do CP) e) princípio da irretroatividade e extra-atividade da lei penal (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) e f) princípio da adequação social⁵².

⁴⁹ Cite como exemplo as prisões de Luis Estevão, ex-senador, e Benedito Domingos ex-governador do Distrito Federal, amplamente divulgadas pela mídia.

⁵⁰ Art. 283, do CPP: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

⁵¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 01 fev. 2017.

⁵² Luigi Ferrajoli, afirma serem 10 os postulados do direito penal e processual penal, em um sistema garantista: 1) *nulla poena sine crimine*; 2) *nullum crimen sine lege*; 3) *nulla lex (poenallis) sine necessitate*; 4) *nulla necessitas sine iniuria*; 5) *nulla iniuria sine actione*; 6) *nulla actio sine culpa*; 7) *nulla culpa sine iudicio*; 8) *nullum iudicium sine accusatione*; 9) *nulla accusatio sine probatione*; 10) *nulla probatio sine defensione*. (In: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004, p. 69).

Aludidos axiomas, são, em síntese, a positivação no Código Penal e no CPP, das garantias constitucionais elencadas ao longo de todo o texto constitucional, em especial, das previstas no art. 5º e incisos da CRFB/88. Ressalte-se, contudo, que este rol não é taxativo, até porque os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

O panorama acima exposto reforça a tese de que é necessário o desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o processo penal. Não se afirma com isso, entretanto, que o modelo de precedentes delineado no CPC/2015 não é aplicável ao processo penal.

O modelo do CPC/2015, conforme já exposto, é um modelo geral, contém, portanto, diretrizes e institutos a serem observados pelos demais ramos processuais. Ele fornece subsídios para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à aplicação dos precedentes.

Mais ainda, o próprio art. 3º, do CPP prevê que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica.

Mas o modelo de precedentes do CPC/2015 não é aplicável irrestritamente ao processo penal, porque além dele ser um modelo geral, ou seja, não fora concebido para servir integralmente a uma realidade normativa, para que seja aplicado, é necessário que ocorra uma omissão no CPP a respeito do que se pretende aplicar e que haja compatibilidade do instituto de transporte e absorção. Aplicá-lo de maneira irrestrita ao processo penal, por certo, torná-lo-ia discrepante frente à realidade na qual estaria inserido.

Quanto ao primeiro requisito (omissão), tem-se, que o CPP não desenvolveu um modelo de precedentes próprio, portanto, este quesito resta cumprido. No que diz respeito à segunda exigência, os precedentes não são incompatíveis com o direito processual penal.

Se no processo civil, que se destina precipuamente a tutelar direitos patrimoniais, a jurisprudência, deve se manter íntegra, estável e coerente, sob pena de afronta à segurança jurídica, e, sobretudo da proteção da confiança, com mais razão, esta lógica deve ser seguida no processo penal, que tem como mote o maior valor do ser humano, qual seja, sua liberdade.

O modelo de precedentes busca em última análise evitar a indeterminação do discurso jurídico, o que por certo, conduz a arbitrariedades. Assim sendo, os provimentos arbitrários mostram-se danosos à tutela de direitos patrimoniais, o são ainda mais, para a tutela da liberdade.

A compatibilidade do modelo de precedentes do CPC/2015 deve ser analisada, também, sobre outra perspectiva. A aplicação do modelo do CPC não pode conflitar com a lógica e princípios próprios do Código de Processo Penal, ou seja, [...] “jamais poderá implicar em analogia *in malam partem*, e não poderá criar tipos penais, que devem ser criados exclusivamente pelo legislador” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 454-455).

Caso seja proferida decisão de efeito vinculante favorável ao réu relativa a direito penal material, aplica-se à regra contida no art. 2º, §1º, do CP e art. 5º, XL, da CFRB/88, ou seja, os efeitos da decisão serão de incidência imediata, e, retroagirão para beneficiar infrações praticadas antes da fixação do precedente. [...] “A irretroatividade da lei penal incriminadora e a retroatividade da lei penal benéfica são princípios constitucionais paralelos. E os princípios dotados de força vinculativa imediata, de contigente eficácia, impõem-se desde logo” (COSTA JÚNIOR, 2011, p.5).

Em se tratando de decisão a respeito de norma processual⁵³, segue-se o disposto no art. 2º, do CPP, ou seja, seus efeitos são de aplicação imediata.

Por fim, caso a decisão com efeito vinculativo trate de questão mista, ou seja, que diz respeito a direito penal material e a direito processual, em regra⁵⁴, entende-se ser aplicável o mesmo critério do direito penal, ou seja, tratando-se de norma benéfica, retroage para beneficiar o réu, caso seja prejudicial, os casos anteriores à fixação do precedente serão regulados pelo entendimento anterior (ultratatividade do entendimento mais benéfico).

Resta claro, portanto, que o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável ao processo penal. A aplicação não é irrestrita, deve observar a lógica e princípios do direito processual penal. Os precedentes nunca podem criar novos tipos penais, nem tampouco, configurar em *analogia in malam partem*.

Não se afasta com isso, a necessidade de desenvolvimento de um modelo de precedentes próprios para o direito processual penal.

4. Considerações Finais

O objetivo desta breve exposição fora analisar, sinteticamente, ou seja, de forma horizontal e pouco aguda, se o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015 é aplicável ao processo penal.

Demonstrou-se que precedentes não decorrem exclusivamente das tradições jurídicas de *Common Law*, isso porque são inerentes à Teoria do direito, assim, integram também os ordenamentos jurídicos de *civil law*.

Aludida questão, embora se mostre eminentemente teórica, é de extrema relevância, isso porque, sendo o precedente, inerente à Teoria do Direito, não é ínsito apenas à *Common Law*, daí ser possível conceber a sistematização de um modelo de precedentes também para as tradições jurídicas de *civil law*, observando as peculiaridades que lhe dizem respeito.

⁵³ Não nos parece que a decisão que afirmou ser possível a prisão antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, seja meramente processual, isso porque a norma que veda a possibilidade de execução provisória da sentença está contida diretamente no art. 5º, LVII, da CF/88. Não se trata de uma norma de processo penal.

⁵⁴ O STF assim decidiu quando do julgamento do HC nº 79.390/RJ (referente à Lei nº 9.099/95), HC nº 83.864/DF (referente a Lei nº 9.271/96 que deu nova redação ao artigo 366, do CPP). No entanto, no julgamento do HC nº 123.492/MG, referente às leis nº 11.689/08 e nº 11.719/08, o STF decidiu que seriam de aplicabilidade imediata aos procedimentos do júri.

A não inclusão do processo penal no rol do art. 15 da nova codificação processual civil não implica dizer que os ditames deste não serão aplicados naquele. Na verdade, além de se tratar de rol puramente exemplificativo, pela válvula inserta no art. 3º do CPP, há comunicação com o CPC/15 nas partes em que a legislação processual civil comum, diante da evidente posição de o novo CPC de se tornar um eixo para um processo comum, de inspiração constitucional. Existe, portanto, um diálogo entre a legislação processual civil e processual penal.

Assim como há uma teoria geral do processo, denominada por alguns de teoria do processo, existe, no Código de Processo de Civil de 2015, a sistematização de um modelo geral de precedentes tipicamente brasileiro.

O modelo desenhado no CPC/2015 contém elementos que, além de fornecer subsídios para a adequada compreensão do que é um precedente para o direito brasileiro, fixam pressupostos para a exata compreensão dos conceitos fundamentais que dizem respeito à sua aplicação, superação, distinção, modulação de efeitos, ou seja, o aplicador do direito deve conhecê-las antes de examinar o direito processual.

O modelo de precedentes exposto no art. 926 e seguintes do CPC/2015, por ser geral, deve ser aplicado supletiva, residual e subsidiariamente aos diversos ramos do direito processual, devendo cada um, observadas as prescrições contidas no “modelo geral”, desenvolver seu próprio modelo, o que afasta afirmação de que não é necessário o desenvolvimento de um modelo próprio de precedentes para o processo penal.

O processo penal tutela a liberdade, ou seja, bem jurídico distinto do tutelado pelo processo civil, cujo mote é o patrimônio, o que por si só, reclama o desenvolvimento de modelagem própria.

Destaca-se ademais, que no rol de provimentos judiciais descritos no art. 927, do CPC, de observância obrigatória pelos juízes e tribunais, não está elencado o *Habeas corpus*. Todavia, no processo penal, diversas decisões proferidas em sede de HC, vinculam julgamentos posteriores servindo de fundamento inclusive para a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais e para a edição de súmulas vinculantes. Todavia, até mesmo a vinculatividade do efeito das decisões proferidas em *Habeas corpus*, por vezes, mostra-se peculiar.

O panorama acima exposto reforça a tese de que é necessário o desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o processo penal. Não se afirma com isso, entretanto, que o modelo de precedentes delineado no CPC/2015 não é aplicável ao processo penal.

A aplicação do modelo de precedentes do CPC/2015 ao processo penal depende, contudo, de dois requisitos: é necessário que ocorra uma omissão no CPP a respeito do que se pretende aplicar, e, que haja compatibilidade do instituto de transporte e absorção. Aplicá-lo de maneira irrestrita ao processo penal, por certo, torná-lo-ia discrepante frente à realidade na qual estaria inserido.

Quanto ao primeiro requisito, tem-se que o Código de Processo não desenvolveu um modelo de precedentes próprio, portanto, este quesito resta cumprido. No que diz respeito à segunda exigência, os precedentes não são incompatíveis com o direito processual penal.

O modelo de precedentes busca em última análise evitar a indeterminação do discurso jurídico, o que por certo, conduz a arbitrariedades. Assim sendo, se provimentos arbitrários mostram-se danosos à tutela de direitos patrimoniais, o são ainda mais, para a tutela da liberdade.

A compatibilidade do modelo de precedentes do CPC/2015 deve ser analisada, também, sobre outra perspectiva. A aplicação do modelo do CPC não pode conflitar com a lógica e princípios próprios do Código de Processo Penal. Os precedentes nunca podem criar novos tipos penais, nem tampouco, configurar em *analogia in malam partem*.

Resta claro, portanto, que o modelo de precedentes delineado no art. 926 e seguintes do CPC/2015 é aplicável ao processo penal. Não se afasta com isso, a necessidade de desenvolvimento de um modelo de precedentes próprio para o direito processual penal.

Por fim, com tais notas, espera-se que a temática venha a ser debatida com mais profundidade a partir dos pontos mais nervosos que se pode tirar do diálogo entre o Código de Processo Penal com o novo Código de Processo Civil, diplomas concebidos em épocas distintas, com modelos de direito processual também com bastante diversidade.

Referências Bibliográficas

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

_____. *Finding analogies between cases: On Robert Alexy's third basic operation in the application of law*. In: _____; Bernal, Carlos (Eds). Beijing: Nomos, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2017469>. Acesso em: 01 fev. 2017.

COURA, Alexandre de Castro; FONSECA, Bruno Gomes Borges da. O que os Direitos Fundamentais têm a ver com democracia à luz da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. *Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Espírito Santo*, 2014. Filosofia e direito: ética, hermenêutica e Jurisdição.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo: essa desconhecida*. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. 8ª ed. Roma/Bari: Laterza, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Impactos do novo CPC no processo penal*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/impactos-do-novo-cpc-no-processo-penal%C2%B9>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

JARDIM, Afrânio da Silva. *Direito processual penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, KARL. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 1985.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACCORMICK, Neil. The motivation of judgments in the common law. In: _____; PERELMAN, Chaim (Eds). Bruxelas: Bruylant, 1978.

_____. *Rethoric and the rule of law*. A Theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005.

_____. *Retórica e o Estado*. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das Fontes do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MAUÉS, Antônio Moreira. Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios. *Revista de Direito GV*. São Paulo: 2012, p.587-624.

MAZZEI, Rodrigo. Embargos de Declaração no Processo Penal: Breve ensaio sobre o (necessário) diálogo com o novo CPC. In: Antonio do Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schiatti Cruz. (Org.) *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 525-553.

_____. Breve história (ou estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 16, p. 177-203, 2014.

_____. Notas iniciais à leitura do novo código civil. In: Arruda Alvim; Thereza Alvim. (Org.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. LXVII-LXIX.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD Georges. *O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?* Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: Teoria dos Precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. *Pro futuro in malam partem* (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: *Repercussões do Novo CPC no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 453-466.

_____; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. Vol.4. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.