

PRECEDENTES JUDICIAIS NO PROCESSO PENAL: considerações críticas sobre a (i)rretroatividade de precedentes *in malam partem*

JUDICIAL PRECEDENTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS: critical considerations on the (non-)retroactivity of precedents *in malam partem*

Lucas Mateus Teixeira de Lima¹

RESUMO: O presente trabalho desenvolve a ideia dos precedentes judiciais no processo penal, em que se defende a adoção desse sistema ao processo penal brasileiro, como meio de trazer mais segurança jurídica aos jurisdicionados. Porém, o trabalho problematiza a questão da retroatividade de precedentes *in malam partem*, defendendo a ideia de que, quando as Cortes Superiores criarem um precedente judicial obrigatório que exista retrocesso em direitos fundamentais, tal precedente não deve retroagir. O trabalho conclui que é importante para o processo penal democrático a adoção do sistema de precedentes — para garantir segurança jurídica, previsibilidade, coerência, unidade do direito e igualdade —, desde que observadas as peculiaridades do processo penal, isto é, que a teoria dos precedentes judiciais seja pensada para o processo pena.

Palavras-chave: Precedentes Judiciais; Processo Penal; Princípio da Legalidade.

ABSTRACT: This paper develops the idea of judicial precedents in criminal proceedings, advocating for the adoption of this system in the Brazilian criminal process as a means to bring more legal certainty to the parties involved. However, the paper problematizes the issue of the retroactivity of precedents *in malam partem*, arguing that when the Higher Courts create a binding judicial precedent that represents a setback in fundamental rights, such precedent should not be retroactive. The paper concludes that it is important for the democratic criminal process to adopt the precedent system — to ensure legal certainty, predictability, coherence, unity of law, and equality — provided that the peculiarities of the criminal process are observed, meaning that the theory of judicial precedents should be tailored for criminal proceedings.

Keywords: Judicial Precedents; Criminal Proceedings; Principle of Legality.

INTRODUÇÃO

“Liberty finds no refuge in a jurisprudence of doubt.” (Voto dos Juízes O’Connor, Kennedy e Souter, da Suprema Corte Americana, em *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S 833 (1992))

Refletir sobre o processo penal contemporaneamente é pensá-lo como garantia ao investigado ou acusado, visto que este é a parte vulnerável na relação processual penal².

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em direito pelo PPGD-Uninter; e-mail: lucas@lkradv.com.br.

² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Dentro dessa perspectiva, o processo penal é visto à luz do garantismo, que significa dizer: um processo penal democrático alinhado ao projeto constitucional de 1988 — que é representado pelo princípio do devido processo legal. Nesse âmbito, a teoria dos precedentes judiciais contribui em muito para concretizar um processo penal garantista, isso porque o processo penal deve ter segurança jurídica, previsibilidade, coerência, unidade do direito, integridade na prestação jurisdicional e, sobretudo, igualdade e isonomia no tratamento dos jurisdicionados.

O Código de Processo Penal — CPP — brasileiro não está alinhado aos precedentes judiciais, isso porque, diferente do Código de Processo Civil — CPC — que, com a reforma de 2015, buscou trazer ao sistema jurídico brasileiro os precedentes judiciais, o nosso CPP não diz muito como o precedente judicial deve ser criado e aplicado no âmbito criminal. Dessa forma, há a necessidade de se utilizar o CPC para complementar essa falha do CPP. Dessa forma, todas as premissas — estabilidade, previsibilidade, integridade, coerência etc. — do sistema de precedentes judiciais no CPC, podem ser utilizadas no CPP, ainda mais, quando estamos falando em liberdade³. No entanto, mesmo que seja interessante essa utilização, há um problema crucial: a essência do CPP é outra, assim, os problemas são outros. Por isso, deve-se pensar sim o precedente judicial no processo penal, mas pensá-lo para o processo penal. Em outros termos: embora se concorde que a teoria dos precedentes judiciais tem sua essência na teoria do direito, é certo que ela deve ser pensada para cada ramo do direito. Por isso, que a teoria dos precedentes no processo penal deve estar alinhada com o processo penal democrático e isso significa dizer: quando um precedente violar direitos fundamentais, não há como retroagir.

Desse modo, o presente trabalho buscou verificar como a teoria dos precedentes judiciais pode contribuir para aprimorar o processo penal e torná-lo menos instável, do ponto de vista jurisprudencial, mas ao mesmo tempo não o tornar ainda mais inseguro, no sentido de esvaziar determinados princípios inerentes ao devido processo legal. O problema de pesquisa foi o fato de que quando os Tribunais Superiores criam um novo precedente judicial no âmbito criminal, esse entendimento deve ser restrito aos novos casos, isto é, não

³ “O direito processual penal é, sob tal prisma, direito individual fundamental de primeira geração, oponível que é pelo acusado contra o arbítrio do Estado, conferindo ao processo penal o cunho protetor da liberdade, como sua finalidade primeira”. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal** em conformidade com a teoria do direito. — 1. Ed. — São Paulo: Noeses, 2021, p. 148.

pode retroagir a casos anteriores à data do novo entendimento, quando houver retrocesso a garantias fundamentais, uma vez que o sentido dado ao texto normativo é, sem dúvida, criação de norma jurídica que, caso seja desfavorável, não pode retroagir para alcançar situações anteriores — em respeito, desse modo, à legalidade. Nesse sentido, havendo ruptura de entendimento anterior, o novo precedente não pode retroagir desfavoravelmente, pois, *e.g.*, “se o Supremo Tribunal Federal estabelece uma nova interpretação, ele está estabelecendo uma nova norma a um texto anterior [...], essa nova norma não pode ser usada retroativamente para prejudicar direitos”⁴. Dessa forma, o presente trabalho defende o sistema de precedentes judiciais no processo penal, mas essa sistemática deve ser pensada criticamente, para que não exista uma instrumentalização deste instituto — em muito benéfico — para violação do princípio da legalidade. Assim, o presente trabalho tem três momentos: (i) uma apresentação das premissas de um processo penal democrático, (ii) a defesa do sistema de precedentes judiciais para o processo penal brasileiro e (iii) como essa sistemática deve ser modulada para que não haja violação a direitos fundamentais.

1. PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

Entender o processo penal como democrático é compreendê-lo como limite ao poder punitivo, em que ideias de economicidade⁵ devem ser afastadas, principalmente no Estado de Direito⁶ em que a proteção dos direitos fundamentais deve ser o Norte, uma vez que um dos principais fundamentos do Estado de Direito.

é a proteção dos direitos fundamentais que justifica o objetivo de limitação do Estado, pelo que a certeza e a segurança e as técnicas formais que lhes vêm

⁴ STRECK, Lênio. **Por que precedente desfavorável não pode retroagir**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/senso-incomum-precedente-desfavoravel-nao-retroagir>. Acesso em 13.10.2023.

⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais à teoria geral do processo**. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 09.10.2023..

⁶ “*El Estado de derecho posrevolucionario es la forma de Estado que está dotada de una constitución liberal, es decir, de una constitución que parte de la presunción general de libertad a favor de los individuos, que reserva a la ley la individualización de los eventuales límites que - por el interés de todos - deban establecerse al ejercicio de los derechos de los mismos individuos, que provee, siempre para garantizar los derechos, al establecimiento de formas de gobierno no absolutistas*”. FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 35

associadas só cobram verdadeiro sentido e são suscetíveis de ser consideradas como valores a se desde que integradas, vinculadas e subordinadas à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana.⁷

O processo penal deve ser (sempre) visto como garantia do sujeito. Nesse ponto, a “nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”⁸. Dessa forma, o processo penal é democrático pela sua instrumentalidade constitucional, isto é, o processo penal deve ser visto como fomentador das garantias constitucionais (art. 5º, CF). Assim, o processo penal não deve mais ser visto como instrumento do poder punitivo. Desse modo, “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário”⁹. O problema da instabilidade nas decisões torna o processo penal brasileiro inseguro, principalmente para o investigado ou acusado. A ideia de que o resultado do caso penal vai depender da Câmara Criminal ou da Turma Criminal é um grande problema, isso porque o resultado não pode depender da sorte do jurisdicionado. Ora, quando falamos em processo penal, falamos em pessoas de carne e osso que têm as suas liberdades e patrimônios julgados pelo Poder Judiciário. Por isso, a segurança jurídica¹⁰ é tão importante para o processo penal que se proponha democrático. Algo a se pontuar é o autoritarismo existente nas práticas processuais penais, principalmente na hermenêutica autoritária que “volta às costas às

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra, Almeida, 2006, p. 212

⁸ LOPES JR. Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2017, p.28

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Sobre a segurança jurídica nos sistemas *civil law* e *common law* Estefânia Maria de Queiroz Barbosa aponta que “os sistemas de tradição do civil law preocuparam-se em garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito. Além disso, os Códigos e sua pretensão de completude dariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade nas relações jurídicas. Na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, o juiz estaria limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada. Já nos sistemas de common law a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais, no qual, por meio de uma racionalidade, se procurava garantir a coerência entre as decisões. Assim, nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se encontrava limitado pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do stare decisis significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba os atos de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que nunca se admitiu foi a possibilidade de ignorar as decisões anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.” BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014. p. 179.

perspectivas teóricas que se desenvolveram no círculo da dogmática do nosso processo penal em 1988 em diante”¹¹.

Sendo assim, quando se defende um processo penal democrático, defende-se a garantia, o respeito às formas, como meio de previsibilidade, uma vez que “as regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se”¹². Dentro dessa perspectiva, a teoria dos precedentes — renegada pela doutrina processual penal — deve ser pensada criticamente a fim de que não haja retrocesso de direitos fundamentais por meio dos precedentes judiciais¹³. Isto posto, no próximo tópico, além da apresentação da teoria dos precedentes judiciais, o ponto problematizado neste trabalho será melhor trabalho, qual seja, retroatividade de precedentes judiciais maléficos a direitos fundamentais.

2. PRECEDENTES JUDICIAIS

A teoria dos precedentes nasce no sistema de *common law*, em que as decisões — jurisprudência — são a base do direito. Nesse sistema, o Judiciário, por meio das decisões judiciais, é a fonte primária do direito (*judge-made-law*). A grande questão é: seria possível,

¹¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. — 1. Ed. — Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

¹² ROSA, Alexandre Morais da. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social. — 2. Ed. — Florianópolis {SC}: Emais Academia, 2020, p. 86.

¹³ “Apesar da necessária assimilação de institutos comuns à uma teoria geral dos precedentes (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, *overruling*, *anticipatory* e *prospective overruling* etc.), a doutrina penal pode e deve desenvolver uma teoria própria dos precedentes penais, que se ajuste à silhueta das particularidades da matéria. Um precedente novo, que agrave a situação do acusado, pode ser aplicado retroativamente e surtir efeitos no seu julgamento? E o precedente novo que lhe beneficie? A modulação de efeitos temporais no controle de constitucionalidade pode ser aplicada em prejuízo do acusado? Qual a eficácia temporal de cada tipo de precedente? A repercussão geral do RE em matéria penal tem alguma particularidade? A doutrina penal não pode mais adiar o enfrentamento dessas perguntas e, ao fazê-lo, não poderá dialogar com base em lições já ultrapassadas. O encontro da civil law com o sistema da common law no ordenamento jurídico brasileiro já é fato inconteste, estando a reclamar, agora, apenas a sua assimilação e, sobretudo, adaptação à matéria penal. Uma teoria dos precedentes penais, que confira a importância devida à jurisprudência como fonte (não incriminadora) do Direito Penal e como instrumento de contenção do poder punitivo: eis um grande desafio para a doutrina penal.” PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **Por uma teoria dos precedentes penais**: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo. IBCCRIM. Boletim, Ano 21, nº 246, maio/2013, p. 8. Disponível em: < http://ibccrim.org.br/novo/boletim_artigos/287-246---Maio-2013>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

então, no Brasil, que tem um sistema de tradição *civil law*, aplicar a teoria dos precedentes? A resposta é positiva, pois como bem apontou João Rafael:

é possível afirmar, em primeiro plano, positivamente para a compatibilidade da adoção da teoria dos precedentes na tradição *civil law* brasileira. Conforme verticalizado estudo promovido por Willian Pugliese, alguns países de tradição *civil law* reconhecem a importância e aplicam os precedentes, como, por exemplo, Itália e Alemanha, que ‘priorizam a interpretação da lei, mas não deixam de lado o valor dos precedentes’¹⁴

Importante apontar a diferença entre jurisprudência, precedente, súmula e decisão judicial, visto que na prática essa diferença tem um fator importante. Na doutrina de Mariângela Gomes, jurisprudência “representa o conjunto de manifestações dos juízes e tribunais sobre as questões submetidas à sua autoridade por meio de processos judiciais [...]” que se projetam “num determinado sentido, a respeito de determinado objeto, de modo constante, reiterado e pacífico”¹⁵. Já decisão judicial significa a interpretação sobre o texto legislativo sem a existência de controvérsia, por isso que, segundo Marinoni “uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração do precedente, seja por não tratar de questão de direito ou não sustentar um fundamento por maioria, seja por se limitar a afirmar a letra da lei ou reafirmar precedente”¹⁶. De modo diverso, súmula “não decorre de uma decisão prolatada num caso concreto, mas de um enunciado interpretativo, ‘extraído de reiterados julgamentos, formulado em termos gerais e abstratos’, de modo que não versa sobre o contexto fático que está na base da questão jurídica e, portanto, não pode ser confundido com um precedente”¹⁷. Imprescindível destacar que “a súmula vinculante, ao contrário do precedente, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos extraídos de uma determinada decisão”¹⁸.

À vista disso, precedente judicial “decorre da resolução de um caso da qual se extrai um princípio argumentativo que passará a ser empregado em casos futuros com similitude

¹⁴ OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais, 2023, p. 42

¹⁵ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 74.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 158-159.

¹⁷ OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais, 2023, p. 52.

¹⁸ Idem, p. 53.

fática”¹⁹. Além disso, sobre a hierarquia, se o precedente judicial constitui fonte de direito, Tucci afirma que “os precedentes gozam, para os juízes de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes do *common law*”²⁰. Assim, não restam dúvidas sobre a possibilidade do sistema de precedentes judiciais ser aplicado ao direito brasileiro. Tanto é assim, que o Novo Código de Processo Civil tem previsão expressa sobre essa sistemática. Outrossim, a ideia dos precedentes judiciais é, sobretudo, trazer segurança jurídica ao jurisdicionado. Nesse âmbito, como bem leciona Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Defende-se aqui a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outras decisões (capítulos) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política²¹.

A ideia Dworkiniana do romance em cadeia²² é de suma importância para o processo penal democrática, visto que o jurisdicionado — que tem, geralmente, a sua liberdade em discussão — tem que ter previsibilidade sobre o seu caso, e isso só é possível quando o Poder Judiciário constrói as decisões criminais como capítulos de um romance, no sentido de ter lógica e coerência. Dentro dessa perspectiva, o processo penal democrático ganha muito com a construção de decisões — especialmente, pelos Tribunais Superiores — a partir de um romance em cadeia. Isso porque “a segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou Câmaras de um mesmo tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes”²³.

¹⁹ Idem, p. 54.

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: gz, 2021, p. 8.

²¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56.

²² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 275

²³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 237

As razões para a observância dos precedentes judiciais no Brasil têm como núcleo a segurança jurídica, em que “estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta”²⁴. Além de que, num Estado de Direito, a previsibilidade deve ser o norte do sistema de Justiça, a fim de evitar decisões conflitantes. Logo, “a observância e o respeito aos precedentes representam, assim, a busca por um sistema jurídico baseado mais em previsibilidade e menos em sorte”²⁵. No processo penal, “a estabilidade e a observância dos precedentes judiciais, além de garantir o tratamento igualitário àqueles que praticaram o mesmo comportamento ou que possuem situações jurídico-processuais semelhantes, delimitam o alcance do Direito e realizam o princípio da legalidade penal no plano concreto”²⁶.

Ademais, esse estudo não desconhece a crítica — de uma corrente doutrinária respeitável²⁷ — à adoção do sistema de precedentes judiciais. Tal crítica aponta que essa adoção no nosso sistema traria para o julgador um viés automático para julgar, isso em razão de que os precedentes seriam utilizados para afastar a fundamentação da decisão judicial²⁸. No entanto, essa crítica não faz sentido quando olhamos para os seguintes instrumentos da teoria dos precedentes: *distinguishing* — que seria “basicamente uma forma de verificar se existem diferenças relevantes entre dois casos ao ponto de se afastar a aplicação do precedente invocado por uma das partes ou pelo magistrado”²⁹ — e *overruling* — que significa “a possibilidade de alteração de posicionamento e a adoção de um novo parecer, em sentido diverso”³⁰. Desse modo, quando bem aplicado o sistema de precedentes judiciais, o resultado é que se tenha um romance em cadeia, com capítulos que se conectem e sejam coerentes.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

²⁵ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022

²⁶ *Idem*, p. 63.

²⁷ STRECK, Lênio. Por que commonlistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 13.10.2023.

²⁸ Nesse sentido, uma das desvantagens apontadas pelos doutrinadores para a adoção de um sistema de precedentes é a transformação do juiz em um aplicador automatizado de entendimento dos Tribunais Superiores aos casos concretos, dispensando a necessidade de análise e interpretação do caso em julgamento. Outra razão contrária é a suposta imutabilidade do direito ou engessamento do entendimento dos tribunais”. GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 96-97.

²⁹ PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 213

³⁰ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 103.

Importante destacar que, enquanto o *distinguishing* pode ser feito em qualquer instância, o *overruling* só pode ser feito pela instância que formulou o precedente, ou por instância superior à que formou o precedente. Além de que, na seara criminal, é possível que, mesmo que se tenha um caso semelhante, o Julgador pode — e deve — afastar a incidência do precedente, isso porque “trata-se de distinção *in bonam partem* quando o juiz se afasta do precedente condenatório ao entender que o caso é de absolvição do acusado”³¹. Por isso, que a teoria dos precedentes judiciais deve ser pensada para o processo penal³², que tem as suas características e peculiaridades próprias, o que significa dizer: embora seja necessário se utilizar do processo civil, isso não pode significar a adoção de uma teoria geral do processo³³.

3. PENSANDO A TEORIA DOS PRECEDENTES PARA O PROCESSO PENAL

Como abordado acima, é mais do que necessário a discussão da teoria dos precedentes para o processo penal, para torná-lo o mais estável e, com isso, democrático. No entanto, a adoção dessa sistemática deve ser feita com algumas ressalvas, isso porque

³¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito Penal e interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 138.

³² Nesse sentido, “quando se advoga a construção de uma teoria do processo penal autônoma, o que se pretende é identificar uma diferença *fenomênica* que justifique essa distinção, a ponto de impor uma separação radical. O problema básico consiste em que a Teoria do Processo Civil foi pensada para o modelo reparador de solução de conflitos, e funciona, portanto, conforme esta lógica. E isso que vai inspirar todo o trabalho daqueles precursores do processo civil e o debate (sobretudo na Alemanha) que resultou na separação entre o *direito* de ação e o *direito* material. [...] É fundamental que, ao construir as suas ferramentas técnicas (*ação, jurisdição e processo*) a teoria do processo penal tenha sempre em mente que tais conceitos precisam estar enfaixados de maneira minimamente coerente sobre o *fenômeno processual penal*, ou simplesmente *processo* (em sentido vulgar). É exatamente por isso que, para bem cumprir sua função, estes conceitos operativos precisam ser tratados como as várias faces de um mesmo objeto, de forma que sempre que houver ação, haverá processo e jurisdição e assim sucessivamente”. DUCLERC, Elmir. CARAPIÁ, Lucas. SCHINDLER, Renato. ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal**. – 1. ED. – São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020, p. 102.

³³ “[...]a começar pelo mau vezo de se querer impor uma teoria geral do direito processual que, para nós - há de se insistir -, nada mais é que a teoria geral do direito processual civil aplicada, desmesurada, aos outros ramos e com maior vigor ao direito processual penal e ao processual do trabalho. Por primário, não se há de construir uma teoria, muito menos geral, quando os referenciais semânticos são diferentes e, de consequência, não comportam um denominador comum. Pense-se só nos casos citados, ou seja, entre Direito Processual Penal e Direito Processual Civil o princípio unificador, o sistema e o conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma Teoria Geral do Processo plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no Direito Processual Penal naturalmente.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais à teoria geral do processo**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 09.10.2023.

vivemos uma crise da legalidade, em que violações a direitos fundamentais são constantes. Por isso, o cuidado para que a teoria dos precedentes judiciais não seja mais um instrumento para aumentar essa crise. O que se defende neste trabalho é a boa aplicação dessa teoria, visto que, dessa forma, ela pode sim, pelo contrário, ser um instrumento para atenuar a crise da legalidade que vivemos. Pois bem. O ponto central que deve ser pensado é sobre a retroatividade de precedentes. É certo que estamos longe de um novo Código de Processo Penal, para que seja possível a previsão legal dos precedentes judiciais no processo penal. Todavia, enquanto pensadores do direito, temos que pensar em respostas rápidas e eficientes. Assim, o caminho para a melhor solução será construído a partir da doutrina e da jurisprudência. Nesse âmbito, o que se defende neste trabalho é a irretroatividade dos precedentes judiciais quando existir retrocesso a direitos fundamentais no âmbito do direito material e processual penal. No Estado de Direito, a defesa da legalidade estrita deve ser incondicional, assim, quando o STJ ou STF fixa um entendimento — por meio do Órgão Especial ou Plenário — que tenha efeito vinculativo, não parece legal defender que, mesmo nos casos em que se tenha uma restrição de direitos, seja possível retroagir a casos anteriores³⁴. A interpretação de norma penal ou processual penal que crie um precedente obrigatório, tem o mesmo efeito prático de uma nova lei. Sendo assim, a sistemática de proteção da legalidade e segurança jurídica deve ser a mesma: se for beneficiar o réu, retroage; se for prejudicial, não retroage.

Para ilustrar a discussão, o Supremo Tribunal Federal em julgamento sobre o marco inicial da prescrição da pretensão executória, no Tema nº 788 — oriundo das ADCs nº 43,44 e 54 — decidiu que a previsão legal do art. 112, inciso I³⁵, do Código Penal, não foi recepcionada e que o início da prescrição se dá com o trânsito em julgado para ambas as partes. Desse modo, a garantia da prescrição — oriunda do princípio constitucional da *razoável duração do processo*, art. 5º, LXXVIII, da CF — que o acusado tem contra o Estado, visto que este tem o direito de punir por determinado tempo, foi retirada pelo Supremo. O que significa retrocesso em garantia fundamental (ainda mais por se tratar de norma

³⁴ “Não é condizente a um sistema garantista impedir que a lei mais gravosa seja aplicada, mas permitir que entendimento judicial mais gravoso seja aceito sob o pretexto que não se trata de lei.” GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 270

³⁵ Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:
- do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.

material). Porém, sem adentrar ao mérito se decisão foi correta ou não, o ponto para a reflexão é sobre a modulação que o Supremo deu à decisão, em sede de precedente obrigatório. Ficou decidido que esse novo entendimento aplicar-se-ia apenas aos casos em que não haja prescrição declarada e em que o trânsito em julgado tenha ocorrido a partir do julgamento das ADCs. Parece um caminho. Por outro lado, o STF — Plenário — quando julgou o HC 176473, e decidiu que o “o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”, em clara interpretação contrária ao direito do réu, visto que, como pontuou o Min. Celso de Mello (voto vencido), “com efeito, a causa de interrupção prescricional prevista no inciso IV do art. 117 do CP refere-se a “acórdão condenatório”, a cujo sentido conceitual não se subsume o acórdão meramente confirmatório de condenação penal anteriormente proferida em primeira instância.”

Ora, no mencionado Habeas Corpus fixou-se uma tese que restringe um direito dos acusados, no entanto, não houve qualquer menção à modulação de efeitos, aplicando-se, assim, a casos anteriores ao novo entendimento fixado pelo Plenário do Supremo. O que traz um grande problema para o princípio da legalidade e da previsibilidade³⁶, tendo em vista que “a alteração jurisprudencial mais gravosa pode danificar o acusado, único destinatário do princípio da legalidade. É inaceitável, portanto, que o precedente judicial prejudicial seja aplicado retroativamente”³⁷. Outrossim, esse precedente — em sede de *Habeas Corpus* — foi formado sem a participação da comunidade acadêmica, ou seja, sem o contraditório participativo.

Nesse âmbito, é urgente que a fixação de precedentes pelo Plenário ou Órgão Especial dos Tribunais Superiores³⁸ observe a modulação de efeitos, para que não haja retroatividade *in malam partem* a garantias fundamentais, produzindo, desse modo,

³⁶ “E, neste sentido, a irretroatividade *in malam partem* - em razão do conteúdo da norma - deve ocorrer também em relação à alteração jurisprudencial, especialmente quando se trata de precedente de observância obrigatória, ou seja, de caráter vinculante. Se o novo limitar direito fundamental, a sua aplicação não deve alcançar fatos ocorridos anteriormente à alteração do precedente, sob pena de quebra da confiança e previsibilidade, dois pilares da adoção de um sistema de precedentes.” GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 270.

³⁷ GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 271.

³⁸ Por isso que “é preciso pensar numa estrutura tal que permita a concretização das garantias da ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, com acertamento racional do caso penal e isonomia na aplicação das regras penais e processuais penais.” OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Ematis, 2023, P. 66

instabilidade, insegurança e contrariando a expectativa do jurisdicionado, bem como violando o princípio da legalidade³⁹. Outro ponto importante, é a fixação de precedente (obrigatório) maléfico em sede de *Habeas Corpus*, como, por exemplo, a tese fixada no HC 176473, que modificou o sistema de prescrição. Nesse ponto, importantes são as considerações da doutrina de João Rafael de Oliveira:

o *Habeas Corpus* e o recurso ordinário em *habeas corpus* podem excepcionalmente ganhar contornos abstratos e nessa dimensão servir de legítimo instrumento de formação de precedente vinculante, desde que respeitados os critérios acima mencionados, repita-se: (a) afetação do *writ* com motivação fundamentada sobre a relevância jurídico penal do tema que transcenda os interesses das partes envolvidas na demanda, em decisão na qual se estabeleça as questões-problemas a serem enfrentadas pelo colegiado maior e a possível tese a ser fixada; (b) deliberação colegiada sobre a relevância do tema, a ser realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pela Turma, conforme já estabelece o artigo 14, do RISTJ, e no âmbito do Supremo Tribunal Federal em plenário virtual, nos moldes delimitados para a aferição de repercussão geral; (c) efetiva publicização da afetação do tema para o escrutínio do colegiado maior que possa, por consequência, realmente possibilitar (d) o contraditório participativo, com a necessária expansão dos horizontes argumentativos acerca da causa por meio da participação de instituições e terceiros interessados na definição de sentido da norma penal ou processual penal objeto da discussão.⁴⁰

Portanto, observados esses parâmetros, o sistema de precedentes judiciais — especialmente, em sede de *Habeas Corpus* — é perfeitamente aplicado ao processo penal, sem que haja violação ao princípio da legalidade⁴¹.

³⁹ “Decorre do princípio da legalidade estatal a ideia de certeza do direito, concebida enquanto estrutura normativa estatal que permite a cada cidadão prever as consequências jurídicas dos próprios comportamentos e/ou dos atores sociais com os quais estabelece necessariamente contato, afastando, por conseguinte, a incidência retroativa da norma penal mais gravosa.” OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais, 2023, p. 36. No mesmo sentido, “*el criterio de la reserva de ley, según el cual sólo la ley puede disciplinar y limitar el ejercicio de los derechos de los individuos, ya que sólo la ley posee en su totalidad la cualidad de la generalidad y la de la abstracción, garantizando así a los individuos que el límite es introducido en interés de todos y con la intención exclusiva de hacer que todos, gracias a la función reguladora de la ley, pueden ejercitar mejor esos mismos derechos [...]*.” FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Org.). In: **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004

⁴⁰ OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais, 2023, p. 36.

⁴¹ “O reconhecimento da incidência do princípio da legalidade sobre a norma geral consagrada no precedente exige a aplicação do princípio da (ir)retroatividade do Direito Penal. Assim, em se configurando uma alteração de posicionamento jurisprudencial que resulte em prejuízo ao acusado, impõe-se o reconhecimento da

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, o presente estudo buscou apresentar a teoria dos precedentes judiciais no processo penal (democrático). Nesse sentido, é possível sim compatibilizar essa teoria com nosso processo penal brasileiro. No entanto, deve-se considerar que o fenômeno processual penal é diferente do fenômeno processual civil, visto que este tem por núcleo a reparação e aquele a punição. Não obstante, é possível que todas as premissas — estabilidade, previsibilidade, integridade, coerência etc. — do sistema de precedentes judiciais no CPC, podem ser utilizadas no CPP, ainda mais, que nele estamos falando em liberdades. O presente trabalho buscou problematizar — a fim de construir uma teoria dos precedentes judiciais para o processo penal — a questão da retroatividade do precedente judicial, que decide sobre questões envolvendo retrocesso em direitos fundamentais (seja de direito material, ou processual). A adoção de um sistema de precedentes para o processo penal é de suma importância, visto que atualmente existe uma clara insegurança jurídica, especialmente nas cortes superiores, em que as Turmas decidem de modo diferente, o que significa na prática, que o jurisdicionado depende da sorte. Isto é, a decisão sobre determinado tema sempre é uma surpresa — uma verdadeira montanha russa, ou melhor, um romance que não há início, meio e fim, totalmente desorganizado.

Nesse sentido, considerando que a teoria dos precedentes judiciais visa combater essa insegurança, bem como há mecanismos — *e.g*, *distinguishing* e *overruling* — para que os Julgadores não se tornem automático no decidir — crítica apontada pela doutrina contrária à adoção no Brasil —, não há outro caminho para trazer maior estabilidade para o processo penal. No entanto, a formação de precedente pode ser no sentido de restringir direitos — assim como o é na processo legislativo, vide as alterações punitivistas trazidas

proibição da retroatividade *in pejus*, de sorte a impor a modulação de efeitos à decisão alteradora, para que somente alcance os fatos ocorridos após a sua publicação. Na hipótese contrária, em que o novo posicionamento jurisprudencial revele-se mais benéfico ao acusado, aplica-se a retroatividade benéfica, alcançando não somente o caso sob *judice*, como também as condutas anteriores, mesmo que já julgadas; A dogmática moderna, portanto, reclama uma nova compreensão do princípio da legalidade, de sorte a permitir que sua proteção recaia não somente sobre a lei, mas sobre o Direito, de forma a possibilitar que este princípio fundamental à estruturação de um sistema penal garantista, intrínseco ao Estado Democrático de Direito, continue a cumprir o seu papel limitador do poder punitivo estatal.” SILVA, Bruno Nova. **A (ir)retroatividade das alterações jurisprudenciais: uma nova leitura do princípio da legalidade.** Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Salvador, 2013, p. 152

recentemente pela Lei 13.964, famigerado pacote anticrime —. Por isso, a fim de que Estado de Direito seja respeitado, deve-se existir uma modulação dos efeitos do novo precedente judicial obrigatório que restrinja direitos fundamentais, isto é, o novo entendimento deve ser aplicado apenas a casos futuros. Assim, precedente judicial de caráter obrigatório, que dê sentido à lei de modo que venha a restringir direitos, deve-se ser aplicado a casos futuros, isso em respeito ao princípio da legalidade — que dele decorrem, especialmente, os princípios da previsibilidade, segurança jurídica etc. A exemplo dos casos expostos acima, a modulação de efeitos é de suma importância e isso deve ser a regra na criação de precedente maléfico aos acusados. Além disso, a construção do precedente judicial para a seara penal deve ser feita a partir de um contraditório participativo e ampliado⁴², em que a sociedade é chamada para o debate junto à Corte de Precedentes⁴³, por meio dos estudiosos do tema. Mas isso não significa fazer uma espetacularização da discussão penal.

⁴² *Amicus curiae* é um grande instrumento para isso, como bem aponta Danyelle Galvão: “para a legítima formação de precedentes vinculantes é imprescindível não apenas o contraditório efetivo entre as partes com o acusado devidamente representado por advogado, mas também a possibilidade de contraditório amplo com a sociedade, seja individualmente, por meio dos terceiros interessados atingidos pelo precedente judicial, ou coletivamente, por meio dos *amici curiae* ou em audiências públicas em que são discutidos os temas”. GALVÃO, Danyelle. **Precedentes judiciais no processo penal**. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 271, p. 275.

⁴³ “As Cortes de Precedentes têm por finalidade realizar a interpretação prospectiva e conferir unidade do direito mediante a formação de precedentes. Ou seja, “devem atuar a fim de guiar as futuras decisões das Cortes de Justiça, dos juízes a elas vinculados, da Administração Pública, e o comportamento de toda a sociedade civil, outorgando unidade do direito mediante sua adequada interpretação”. OLIVEIRA, João Rafael de. **Habeas Corpus como instrumento de precedente vinculante: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores**. 1. ed. - Florianópolis [SC]: Emais, 2023, p. 66.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal em conformidade com a teoria do direito. – 1. Ed. – São Paulo. Noeses, 2021.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **ESCREVENDO UM ROMANCE POR MEIO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS**: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**: entre constitucionalismo e democracia. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2007

_____. Precedentes judiciais e segurança jurídica. São Paulo. Saraiva, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **EFETIVIDADE DO PROCESSO PENAL E GOLPE DE CENA**: um problema às reformas processuais à teoria geral do processo. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/efetividade-do-processo-penal-e-golpe-de-cena-um-problema-as-reformas-processuais>. Acesso em: 09.10.2023.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo. Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **DIREITO E RAZÃO**: teoria do garantismo penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: **FIORAVANTI**, M. (Org.). In: **EL ESTADO MODERNO EN EUROPA**: Instituciones y derecho. Madrid. Editorial Trotta, 2004.

GALVÃO, Danyelle. Precedentes judiciais no processo penal. São Paulo. JusPodivm, 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **AUTORITARISMO E PROCESSO PENAL**: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. — 1. Ed. — Florianópolis [SC]: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Direito Penal e interpretação jurisprudencial. São Paulo. Atlas, 2008.

LOPES JR. Aury. **FUNDAMENTOS DO PROCESSO PENAL**: introdução crítica. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Coimbra, Almeida, 2006.

OLIVEIRA, João Rafael de. **HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE PRECEDENTE VINCULANTE**: proposta de aprimoramento à sua sistemática em Tribunais Superiores. Florianópolis. Emais, 2023.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo. **POR UMA TEORIA DOS PRECEDENTES PENAI**S: a jurisprudência a serviço da contenção do poder punitivo. **IBCCRIM**. Boletim, Ano 21, nº 246, maio/2013, p. 8. Disponível em: < http://ibccrim.org.br/novo/boletim_artigos/287-246---Maio-2013>. Acesso em: 08 de outubro de 2023.

PEIXOTO, Ravi. Superação do precedente e segurança jurídica. Salvador: JusPodivm, 2018

PUGLIESE, Willian. Precedentes e a civil law brasileira. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **SILVEIRA FILHO**, Sylvio Lourenço da. **PARA UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**: crítica à metástase do sistema de controle social. – 2. Ed. – Florianópolis. Emais Academia, 2020.

SILVA, Bruno Nova. **A (IR)RETROATIVIDADE DAS ALTERAÇÕES JURISPRUDENCIAIS**: uma nova leitura do princípio da legalidade. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito da Universidade da Bahia. Salvador, 2013.

SILVA, Marcio Evangelista Ferreira. A teoria jurídica e a prática dos precedentes vinculantes no direito e no processo penal brasileiro. Tese (Doutoramento em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

STRECK, Lênio. Por que precedente desfavorável não pode retroagir. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-16/senso-incomum-precedente-desfavoravel-nao-retroagir>. Acesso em 13.10.2023.

_____. Por que commonistas brasileiros querem proibir juízes de interpretar? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonistas-brasileiros-proibir-juizes-interpretar>. Acesso em 13.10.2023.

VOJVODIC, Adriana de M.; **MACHADO**, Ana Mara F.; **CARDOSO**, Evorah L. C., **ESCREVENDO UM ROMANCE, PRIMEIRO CAPÍTULO**: Precedentes e Processo Decisório no STF. Revista Direito GV, São Paulo, n. 5, 2009.